

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social



TESIS DOCTORAL

El procedimiento de despido colectivo

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Iago Romero Sánchez

Director

Fernando Valdés Dal-Re

Madrid, 2015

© Iago Romero Sánchez, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social



EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO

MEMORIA PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Iago Romero Sánchez

Bajo la dirección del doctor:

D. Fernando Valdés Dal - Re

Madrid, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DERECHO

FACULTAD DE DERECHO

**DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD
SOCIAL**

“EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO”

Tesis realizada por: Iago Romero Sánchez

Tesis dirigida por el Profesor Dr. Fernando Valdés Dal - Re

Madrid, 2015

ABREVIATURAS	10
RESUMEN	12
ABSTRACT	13
INTRODUCCIÓN	14

PRIMERA PARTE

EVOLUCIÓN Y CONFIGURACIÓN NORMATIVA DE LOS DESPIDOS POR CAUSAS EMPRESARIALES

CAPÍTULO I.- Origen y evolución histórica – normativa del intervencionismo de la Administración en las crisis empresariales..... 19

1.1. Los antecedentes normativos: el intervencionismo de la Administración en los despidos por crisis durante la II República	19
1.1.1. Caracterización general de la actuación administrativa en la II República	19
1.1.2. La normativa contra el paro obrero	27
1.1.2.1. La Ley de 25 de junio de 1935 y el Decreto de 29 de noviembre como remedios legislativos de urgencia	27
1.1.2.2. La crisis laboral: génesis y determinación del presupuesto causal	30
1.1.2.3. La procedimentalización del control causal. El protagonismo de los jurados mixtos	35

1.2. La intervención de la Administración en la etapa franquista.....	38
1.2.1. El reforzamiento del papel de la Administración en las relaciones laborales	38
1.2.2. El Decreto de 26 de enero de 1944 y la exigencia de autorización administrativa	41
1.2.2.1. La regulación del expediente de crisis	41
1.2.2.2. Precisiones conceptuales en torno a las consecuencias de la declaración administrativa	50
1.2.3. El Decreto 3090/1972 de 2 de septiembre, sobre política de empleo. Principales novedades de la regulación jurídica positiva de los procedimientos de regulación de empleo	55
1.2.4. La configuración final del procedimiento de regulación de empleo en la etapa preconstitucional. La Ley 16/76 de 8 de abril, de relaciones laborales y el Real Decreto 17/1977, de 4 de marzo	58
1.3. La intervención de la Administración en el marco constitucional.....	63
1.3.1. Singularidades de la Ley de 10 de marzo de 1980 del Estatuto de los Trabajadores y del RD 696/1980 complementador	63
1.3.2. La reforma operada por la Ley 11/1994. El RD 43/1996 y 801/2011 y la regulación estatutaria del expediente de regulación de empleo ordinario.....	69
1.3.3. La naturaleza jurídica de la intervención administrativa	72

1.3.3.1. La intervención de la Administración como técnica autorizatoria.....	73
1.3.3.1.1. Tipos de autorización administrativa	76
1.3.3.1.2. La equiparación conceptual.....	78
1.3.3.2. La intervención de la Administración como técnica arbitral	81
1.3.3.2.1. La actividad arbitral como método de solución de controversias	81
1.3.3.3. Conclusiones	84
1.3.4. El Real Decreto 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y la Ley 3/2012 de 6 de julio. El último hito de la evolución histórica analizada.....	89

SEGUNDA PARTE

EL DESPIDO COLECTIVO: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES

CAPÍTULO I.- El régimen jurídico del despido colectivo en el ordenamiento español	93
1.1. La delimitación sustancial del despido colectivo	93
1.2. La identificación inicial del supuesto determinante	95
1.2.1. La ley 11/1994 de 19 de mayo. Un primer hito en la evolución normativa del despido por causas empresariales	95

1.2.2. La ley 35/2010 de 17 de septiembre. La unificación normativa del despido por causas empresariales	99
1.2.3. La Ley 3/2012 de 6 de julio. La nueva configuración del despido por causas empresariales	110
1.2.3.1. La realidad causal	110
1.2.3.2. La determinación temporal.....	113
1.2.3.3. La determinación numérica	121
1.2.3.4. Empresa o centro de trabajo. El presupuesto funcional de aplicación	126
1.2.3.5. El cierre de empresa.....	127
1.3. La transposición al derecho interno de la Directiva comunitaria: Algunas reflexiones en torno a su adaptación	128
CAPÍTULO II.- El despido colectivo. Aspectos procedimentales.....	135
2.1. La iniciación en la tramitación de los despidos colectivos	135
2.1.1. Introducción	135
2.1.2. La determinación de la Administración territorialmente competente	136
2.1.3. La iniciación empresarial	139
2.1.4. La comunicación inicial y la comunicación preceptiva	144

2.2. El periodo de consultas en la tramitación del despido colectivo	153
2.3. Los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos	164
2.4. El papel de la autoridad laboral durante la fase de consultas	169
2.4.1. La efectividad del periodo de consultas. Advertencias y recomendaciones	171
2.4.2. La realización de labores de mediación o funciones de asistencia. Recepción de la comunicación sobre la posible venta de bienes de la empresa.....	172
2.4.3. El informe de la inspección de trabajo y seguridad social.....	173
2.5. La finalización del periodo de consultas con acuerdo	175
2.5.1. Antecedentes normativos. La naturaleza homologadora del acto administrativo autorizador	175
2.5.2. La actual configuración del acuerdo durante el desarrollo de la fase de consultas. En torno a la naturaleza jurídica	178
2.6. La comunicación extintiva	183
2.7. La designación de los trabajadores afectados	192
2.8. La indemnización como componente esencial del procedimiento colectivo de extinción	198
2.9. El convenio especial de la seguridad social.....	204
2.10. El protagonismo del FOGASA en los procedimientos de extinción colectiva	207

2.11. Las aportaciones al tesoro público.....	210
---	-----

CAPÍTULO III.- La intervención administrativa en el expediente de regulación de empleo por fuerza mayor 215

3.1. Aproximación a la noción de fuerza mayor como presupuesto causal	215
---	-----

3.2. El procedimiento especial de regulación de empleo	217
--	-----

3.2.1. La iniciación del expediente	217
---	-----

3.2.2. La tramitación del expediente administrativo	219
---	-----

3.2.3. Los efectos de la resolución administrativa	221
--	-----

3.2.4. La intervención del Fondo de Garantía Salarial	223
---	-----

CAPÍTULO IV.- El procedimiento de despido colectivo en el ámbito de las Administraciones Públicas: Una aproximación..... 226

4.1. Introducción	226
-------------------------	-----

4.2. El ámbito subjetivo, la predeterminación causal y otras peculiaridades del procedimiento	229
---	-----

CAPÍTULO V.- La impugnación judicial de los despidos colectivos 236

5.1. Antecedentes y configuración actual del régimen jurídico en materia de impugnación judicial de los despidos colectivos	236
---	-----

5.2. Las diferentes vías impugnatorias y su plasmación actual en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social	242
--	-----

5.2.1. La impugnación colectiva o la modalidad procesal de impugnación de los despidos colectivos	242
5.2.2. Los motivos de impugnación en la modalidad procesal del despido colectivo	246
5.2.2.1 La inexistencia de causalidad alegada en la comunicación escrita.....	246
5.5.2.2 El incumplimiento de lo previsto en el art. 52 en sus apartados 2 y 7.....	256
5.2.3. El procedimiento ordinario. La impugnación individual	263
5.2.4. La posible impugnación de oficio por la autoridad laboral.....	265
CONCLUSIONES	270
BIBLIOGRAFÍA.....	274

.- ABREVIATURAS:

Art.	Artículo
AS	Aranzadi Social
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CE	Constitución Española
CC	Código Civil
CIVEA	Comisión de Interpretación, Vigilancia y Aplicación.
DA	Disposición Adicional
EBEB	Estatuto Básico del Empleado Público
ERE	Expediente de Regulación de Empleo
ET	Estatuto de los Trabajadores
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
JS	Juzgado de lo Social
LCT	Ley Contrato de Trabajo
LJCA	Ley Jurisdicción Contencioso Administrativa
LPL	Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

LRJS	Ley 36/2011, 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.
LRL	Ley 16/1976, de 8 de Abril, de Relaciones Laborales.
LCSP	Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos Sector Público.
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
LRJAP-PAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LOITSS	Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OM	Orden Ministerial
RD-L	Real Decreto – Real Decreto Ley
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
TS	Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

Resumen:

El presente trabajo analiza el despido colectivo y su evolución histórica como medio que permite entender determinados aspectos de la realidad normativa actual. Con esta finalidad se ha pretendido analizar todas las cuestiones que han ido configurando dicha institución tanto desde un punto de vista sustantivo como procedimental.

Así, en clave sustantiva, se ha considerado conveniente analizar la posición que ha tenido la Administración en las distintas fases históricas que han caracterizado su “iter” evolutivo hasta llegar a la situación actual, caracterizada por la desaparición de la autorización administrativa como mecanismo de ponderación entre la solicitud extintiva presentada por el empresario y la realidad causal subyacente. En dicho análisis, se ha dado especial relevancia el examen de las distintas teorías habidas en torno a la naturaleza jurídica de la autorización administrativa, así como el grado de seguimiento o traslación de la Directiva Comunitaria existente en la materia por parte de la legislación española. En este contexto, se ha examinado la progresiva flexibilización del elemento causal y el cambio de parámetros en el enjuiciamiento del mismo.

Por otro lado, desde una perspectiva procedimental se ha optado por el análisis de las diversas fases que componen el procedimiento de despido colectivo. Análisis que evidencia la pérdida actual de protagonismo del procedimiento propiamente administrativo, lo que en su momento permitía hablar de la existencia de una doble fase en la tramitación del expediente de regulación de empleo, y la relevancia actual del procedimiento judicial de impugnación con la complejidad propia de dicha vía impugnatoria.

Finalmente se ha considerado necesario un breve análisis de las particularidades propias del despido colectivo en función de la naturaleza pública del empleador y de la causalidad basada en la fuerza mayor.

Palabras clave: Evolución, Regulación, Procedimiento, Extinción, Colectiva

Abstract:

This work addresses collective redundancies and its historical evolution as a mean to understand certain aspects of the existing legislative reality. With this purpose our goal to analyze all the questions that have been configuring such an institution from both a substantive and procedural standpoint.

Therefore, in essence, we considered it to be convenient to analyze the position of the administration on the different historical stages characterizing its evolutionary path to the present situation, characterized by the disappearance of the administrative authorization as a balance mechanism between the termination request presented by the employer and the underlying causal reality. Within such analysis, special relevance has been given to the exam of the different existing theories re the legal nature of the administrative authorization as well as the degree of compliance or transposition of the existing European Directive on the matter by Spanish legislation. In this context, we have examined the progressive relaxation of the causal element and the change of parameters in its legal prosecution.

On the other hand, from a procedural perspective we opted for the analysis of the different stages shaping the collective redundancies procedure. Analysis that evidences the present loss of prominence of the administrative procedure per se, the past existence of a so called double procedural stage within the employment regulation expedient proceeding and the present relevance of the impugnation judicial procedure with the complexity per se of said procedure.

Finally, we considered it to be necessary to proceed to a brief analysis of the collective redundancies' individual features in light of the employer's public nature and the causality based in force majeure.

Key Words: Evolution, Regulation, Procedure, Extinction, Collective.

.- INTRODUCCIÓN:

El presente trabajo analiza la evolución que ha sufrido la posición de Administración en los despidos por causas empresariales en sentido amplio. Y dicha amplitud viene dada no sólo por un análisis en el que se conjugan los aspectos puramente sustantivos con los propiamente procedimentales, sino por la opción metodológica que finalmente acabará informando el mismo. Así, y en relación con esta última cuestión, se afrontará el análisis desde una perspectiva histórica. Y no sólo por la creencia firme de que es la forma de comprender cabalmente determinadas cuestiones de la actualidad normativa, sino por encontrarnos ante un tratamiento normativo en constante evolución en cuanto factor especialmente característico de las distintas tipologías reordenadoras.

El protagonismo de la Administración en el inicio, desarrollo y finalización en sentido amplio de los diversos mecanismos de reorganización empresarial, y singularmente en materia de despidos colectivos, ha sido una constante en nuestra tradición jurídica con independencia de la fase histórica en que nos encontráramos. Así, la autorización administrativa en cuanto instrumento que posibilitaba al empresario proceder a la implementación de los despidos previamente establecidos o, en su caso, la resolución administrativa homologadora que igualmente hubiera de dictarse, han caracterizado el ordenamiento jurídico español en relación con la temática examinada desde la época de la II República formando parte, consiguientemente, del código genético propio de los despidos por causas empresariales. No parece por ello improcedente que buena parte del presente trabajo tome como punto de apoyatura el examen de dicha realidad, anterior a la actual regulación normativa. Y ello con el propósito no sólo de situar el procedimiento administrativo que, junto con la fase de consultas, nutría y acababa configurando el denominado procedimiento de regulación de empleo en un determinado contexto histórico, sino para comprender la trascendencia de los cambios normativos que se han venido produciendo en los últimos tiempos.

Ahora bien, no pretenden ser cuestiones tales como los debates en torno a la naturaleza jurídica de la intervención administrativa, la evolución histórica de los despidos por causas empresariales o, en sentido específico, las referencias a la regulación o situación anterior que se abordarán en la primera parte del presente trabajo, meros ejercicios de historicismo alejados de cualquier intento de una cabal comprensión sobre la regulación actual. Todo lo contrario. Con ello se ha optado de forma consciente por una concreta opción metodológica que permita, como todo análisis de una realidad social anterior, un mejor entendimiento de la situación normativa actual.

Desde dicha óptica se ha optado por estructurar el presente trabajo en tres grandes bloques.

El primero de los bloques aludidos viene informado por el análisis histórico de los expedientes de regulación de empleo en el sistema español de relaciones laborales, tomando para ello tres concretos elementos que lo caracterizan y definen en última instancia. La determinación causal, es decir, la configuración de los presupuestos que posibilitaron el recurso a los expedientes de regulación de empleo como mecanismo reordenador de una determinada realidad empresarial así como la permanente mutación de dicha realidad causal en el panorama extintivo; la determinación procedimental, esto es, la concreción del procedimiento por medio del cual se decidió configurar dicha medida para, finalmente, examinar la resolución administrativa final como termómetro que permite medir el grado de intervención de la propia Administración en las sucesivas etapas que permitieron su asentamiento en un determinado modelo de relaciones laborales.

En dicho apartado se expondrán, además, las diversas teorías en torno a la naturaleza jurídica de la actuación administrativa en los procedimientos de regulación de empleo al amparo de la regulación anterior. Como es sabido, dado el examen que en torno a dicha cuestión ha efectuado la doctrina

laboralista, los posicionamientos habidos al respecto vienen dados por la consideración de la intervención de la Administración como técnica arbitral que permitía la resolución de un conflicto existente entre sujetos privados o como genuina autorización administrativa, tendente a la remoción de obstáculos que imposibilitan con carácter previo el ejercicio de un derecho o facultad empresarial preexistente. La exposición sistemática de ambas teorías y los argumentos que dotan de solidez a ambos posicionamientos irán acompañados paralelamente de una exposición crítica que posibilite profundizar en aquellos elementos discordantes con una determinada equiparación conceptual, y que dotan a su vez, de una considerable ambigüedad, cualquier intento de delimitación jurídica de la mencionada institución de acuerdo a categorías preexistentes.

Finalmente, dentro de este primer bloque, se aludirá a la Directiva que contextualiza la evolución de los despidos colectivos en el ordenamiento laboral español, bajo el entendimiento de dicha Directiva como puramente armonizadora, dada la finalidad pretendida así como la tutela material indirecta que la misma acaba dispensando.

El segundo bloque vendrá determinado por el análisis del presupuesto de hecho en el que despliega toda su eficacia la figura de los despidos colectivos. Se trata en definitiva, de mediar o simplemente exponer aquellos elementos o caracterizaciones que desde una perspectiva subjetiva acaban constituyendo el centro de imputación normativa que dota de sentido la figura nucleada en torno al artículo 51 ET. Así y, desde la perspectiva sustantiva y procedimental anteriormente enunciada, se examinarán con detalle las diversas fases en la tramitación del despido colectivo, deteniéndose en aquellas cuestiones que suscitan, dada su problemática regulación, algún posicionamiento de *lege ferenda* que pudiera ayudar a clarificar o dotar de una mayor coherencia a dicha regulación.

En este concreto bloque se abordará el cambio habido en los parámetros de enjuiciamiento de dicha realidad causal y, ello, no solo, tal y como se tendrá la ocasión de exponer, derivado de la eliminación de la autorización administrativa propiamente dicha, sino de la evolución en el tratamiento causal de la medida y, sobre todo, en la fiscalización de dicha realidad causal.

Finalmente, en el tercero se aludirán a las especialidades que en el marco general o en el procedimiento ordinario existen como consecuencia del cambio de sujeto afectado por dicha realidad (Administración Pública) o de la propia realidad causal (fuerza mayor), y ello en cuanto derivaciones que deben ser objeto de tratamiento y análisis diferenciado.

En definitiva, la estructuración del presente trabajo en los bloques referenciados, así como las coordenadas histórica y crítico - sistemática que pretenden acompañar el desarrollo expositivo del mismo se realizarán con el firme propósito de encauzar y dotar del mayor de los rigores a todas aquellas consideraciones que a modo de conclusiones pretenden remarcar y dar sentido a la totalidad del trabajo. Conclusiones que, de acuerdo a un sentido meramente expositivo, serán emitidas con la finalidad de constatar una realidad más o menos objetiva o de realizar, desde un punto de vista eminentemente subjetivo, una serie de aportaciones críticas que permitieran de *lege ferenda* una hipotética modificación de aquellos elementos o situaciones que pudieran mejorar el funcionamiento de dicha institución.

PRIMERA PARTE

EVOLUCIÓN Y CONFIGURACIÓN NORMATIVA DE LOS DESPIDOS POR CAUSAS EMPRESARIALES.

CAPÍTULO I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICO-NORMATIVA DEL INTERVENCIONISMO DE LA ADMINISTRACIÓN EN LAS CRISIS EMPRESARIALES.

1.1. LOS ANTECEDENTES NORMATIVOS: EL INTERVENCIONISMO DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS DESPIDOS POR CRISIS DURANTE LA II REPÚBLICA.

1.1.1. Caracterización general de la actuación administrativa en la II República.

La actuación del Estado en el seno de las relaciones laborales responde a dos grandes modelos¹. En el primero de ellos, el denominado voluntarista o liberal-colectivo, el Estado asume una posición de neutralidad en la configuración final del modelo social, entendido éste como la proyección del sustrato económico que sirve de fundamento, a modo de condición o de factor, a una determinada sociedad.² De esta forma, el Estado renuncia a todo protagonismo en las relaciones laborales, dejando la exclusiva configuración de las mismas a trabajadores, empresarios y asociaciones empresariales.

Por el contrario, en el segundo de ellos, el modelo corporativo, el Estado participa en la vida social con diferentes niveles de intensidad, no sólo desde una vertiente funcional u organizativa, llegando incluso a erigirse en un auténtico poder de derecho público³, sino mediante la adopción de un posicionamiento activo en la resolución de las controversias que se pudieran

¹ KHAN FREUND O. citado por MARTÍN VALVERDE, A. (216, 1987).

² GURVITCH, G. (2006, 46).

³ CESARINI SFORZA, W. (1934, 4).

plantear entre las partes sociales, en consonancia con las ideas de colaboración y solidaridad social que inspiran su actuar⁴.

Si la dualidad que, a modo de esquema, se acaba de exponer, permite subsumir al Estado, y por ende a la Administración, entendida de acuerdo a la clásica definición de ZANOBINI como *"el complejo de actividades concretas desplegadas por el Estado, directa o indirectamente, para atender a los respectivos intereses públicos, que aquél asume entre sus propios fines"*,⁵ en un modelo corporativo durante la fase histórica inmediatamente anterior a la época republicana y, singularmente, durante la dictadura de Primo de Rivera, en el que recordemos, el legislador español llegó a proclamar la significación del pasado corporativo como inspirador del nuevo orden profesional,⁶ alertando en contra de la agitación política del individualismo, la actuación propiamente administrativa durante la etapa republicana admite, aún reconociendo el papel preponderante de la misma, algunas consideraciones que posibiliten un razonamiento más acabado sobre el llamado intervencionismo de la Administración durante este periodo histórico. Este razonamiento se fundamenta en torno a un doble factor.

El primero de ellos, de índole político-ideológica, viene determinado, como es dable entender, por el contexto ideológico que informaría a la intensísima⁷ labor legislativa llevada a cabo durante esta época. Nos encontramos ante un proyecto normativo dirigido a otorgar a las organizaciones obreras nuevas posibilidades de intervenir en el mercado de trabajo.⁸ Y ello, bajo el prisma de un reformismo social que inspiró el proyecto social amparado por la Constitución Republicana de 6 de diciembre de 1931 y por la tabla de

⁴ En torno a la idea de un espíritu de colaboración y solidaridad social como principios que informan a la organización corporativa, PIERRO, M. (1938, 4).

⁵ Citado por MARTÍN FORNOZA, M. (1954, 256).

⁶ MONTOYA MELGAR, A. (1992,138). En sentido contrario BAYÓN Y CHACÓN, G. que señalaría que la dictadura blanda de Primo de Rivera ni logra "ni lo ensaya seriamente un corporativismo organizado" (1961, 26).

⁷ DE LA VILLA GIL, L.E. (2003, 290).

⁸ VALDÉS DAL -RE, F. (2006, 299).

derechos económicos y sociales recogidos en la misma;⁹ postulados sociales que acabarían desarrollándose en su legislación¹⁰. Singularidad de una etapa histórica que vendría nucleada, en definitiva, en torno a la constitucionalización de la vida del trabajo y los derechos sociales al amparo de lo que se ha dado en llamar una solución reformista.¹¹

Cierto es, por otra parte, que la etapa republicana carece de la uniformidad necesaria que permita simplificar, bajo un único parámetro, el ideario que acabaría configurando la obra legislativa o, en sentido más amplio, la posición del Estado en la configuración final del bloque normativo. De acuerdo a la clásica distinción historiográfica, resulta posible apreciar la existencia de diversos períodos: una primera etapa, bienio reformista, abril de 1931 a septiembre de 1933; una segunda, bienio negro o radical – Cedista, septiembre de 1933 a febrero de 1936; y una tercera de gobernanza del Frente Popular, que transcurriría de febrero a julio de 1936. O desde un punto de vista ministerial y de las políticas sociales llevadas a cabo, en una primera etapa, que coincidiría con la presencia de Largo Caballero en el Ministerio de Trabajo (14 de abril de 1931 a 12 de septiembre de 1933), y una segunda de naturaleza revisionista de la legislación dictada en la etapa anterior¹². Ahora bien, y con independencia de las subdivisiones que se puedan establecer, la combinación del ideario liberal y del socialista moderado acabaría influyendo en la totalidad de la obra legislativa de la II República,¹³ en consonancia con un modelo constitucional que reconocía expresamente la libertad económica privada, sometiendo al principio de legalidad todo intento de limitarla.¹⁴ Se trataba, por tanto, de un entramado legislativo que discurriría en consonancia

⁹ BORRAJO DACRUZ E. (2007, 129).

¹⁰ MARTÍN GRANIZO L. GONZALEZ ROTHVOSS M. (1932, 37).

¹¹ DE LA VILLA GIL L.E. PALOMEQUE LÓPEZ C. (1978, 294).

¹² MARTÍN GRANIZO L. GONZALEZ ROTHVOSS M. (1932,34).

¹³ MONTOYA MELGAR, A. (1992,205).

¹⁴ DEL VALLE, J.M. (1996, 184).

con el marco de una política social contemporánea, en un contexto radicalizado pero nada socialista¹⁵.

El segundo de los factores anteriormente apuntados viene dado por el agravamiento de la crisis económica, por la situación económica desastrosa¹⁶, que acució singularmente a la sociedad española durante este periodo histórico, tal y como se puso de manifiesto por buena parte de la historiografía existente sobre la época.¹⁷ Crisis económica que, en el contexto español, vendría acompañado de unas tasas de desempleo que convertirían al paro forzoso en el problema clave de la economía y sociedad española,¹⁸ y que supuso, particularmente en el ámbito del Derecho del Trabajo, una fase de expansión normativa e institucional que, si bien apareció en un primer momento anclada en torno a la noción conceptual de crisis como hecho coyuntural, adquiriría *ad futurum* una autonomía que le permitiría estar vinculado a la actividad productiva normal¹⁹. Así, determinadas instituciones aparentemente ligadas a un contexto de crisis en su génesis y maduración acabarían configurándose, debido a ese proceso expansivo o de normalización continuada²⁰, en pilares incuestionables de un determinado modelo social. Se trata, tal y como se ha apuntado, de la *"tendencia a estabilizar la emergencia, a hacer de ella algo perpetuo, que convierte a esa emergencia estabilizada en una nueva fuente del Derecho."*²¹

Por ello, la Administración, bajo el prisma reformista apuntado, informará, con su presencia y en su actuar, la vida social y política de la II República a

¹⁵ TUÑÓN DE LARA, M. (1972, 917).

¹⁶ BECARUD J. (1967,147).

¹⁷ A modo de ejemplo: VILAR, P. (1975,125); BRENAN, G. (2008, 331).

¹⁸ TUÑÓN DE LARA, M. (1972, 833).

¹⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. (1984, 26).

²⁰ PALOMEQUE LOPEZ, M.C. (1984 26).

²¹ GHEZZI G. (1984, 92).

través, claro está, de la aprobación de una serie de medidas caracterizadas por la intensificación de la presencia estatal en la economía.²²

Dejando a un lado el plano estático²³, definido por los amplios e importantes cambios que sufriría la Administración laboral durante esta época,²⁴ y la centralidad de la misma en la regulación de las relaciones entre patronos y obreros²⁵, en el plano propiamente legislativo, el significado del intervencionismo debe ser matizado o, cuando menos coonestado con el principio que informará el contenido de la principal creación legislativa de la época, la LCT de 21 de noviembre de 1931, esto es, el intento de suplir la falta de fuerza contractual de alguno de los entes negociadores.²⁶

Es notorio que la citada ley, y así lo evidencia un análisis de su clausulado, contiene restricciones a la libertad contractual establecidas en aras de la efectiva protección de la parte débil del vínculo contractual;²⁷ una libertad limitada por la acción del poder político, o de la asociación profesional en beneficio del trabajador.²⁸ Ahora bien, su catalogación como norma intervencionista²⁹ debe ser complementada por medio de un doble razonamiento.

El primero de los mismos deriva del análisis del capítulo II de la propia ley, el dedicado a la enumeración y explicitación conceptual de las diversas fuentes previstas para la regulación de las condiciones de trabajo. Del mencionado análisis se desprende que el protagonismo estatal y, la concreta intervención de la Administración, no derivan tanto de la posición de centralidad que asumen las disposiciones legales, decretos y disposiciones

²² DEL VALLE J.M. (1996, 181).

²³ En torno al doble plano, estático y dinámico, que caracterizaba a la Administración DE LA VILLA GIL, L.E. (1966, 27).

²⁴ MERCADER UGUINA, J.R; TOLOSA TRIBIÑO C. (2004, 67).

²⁵ VALDES DAL - RE F. (2006,306).

²⁶ MONTALVO CORREA J. (1975, 276).

²⁷ MARTÍN VALVERDE, A. (1987,78).

²⁸ HINOJOSA FERRER, J. (1932, 44).

²⁹ VALDÉS DAL - RE, F (2006, 305).

ministeriales en la fijación de las condiciones de trabajo, ya que se preveían otros cauces de participación para la concreta regulación de las condiciones laborales³⁰, sino por la presencia final de la Administración en algunos de estos instrumentos reguladores.

Las denominadas bases de trabajo³¹ se erigen en el paradigma de la intervención mediatizada de la Administración; o dicho con otras palabras, no es que la Administración asumiera un papel directo y exclusivo en la configuración final de las bases de trabajo, sino que su intervención se producía de forma indirecta o, enunciada la idea con mayor grado de precisión, a través de la designación final del presidente y vicepresidente de los Jurados Mixtos en caso de discrepancia entre obreros y patronos, órgano decisivo en su configuración final³².

La atenuación del intervencionismo administrativo aparece ejemplificada si examinamos el resto de instrumentos reguladores. Así, los pactos colectivos³³, de necesario origen inter-sindical³⁴, se constituían en auténticos instrumentos de regulación al margen de la actuación administrativa, tan sólo

³⁰ En los arts. 11 y 12 de la citada ley se regulan: las bases de trabajo elaboradas por los jurados mixtos, los pactos colectivos de las condiciones de trabajo celebrados entre las asociaciones profesionales de trabajadores y empresarios, o el contrato colectivo de trabajo, en el que un jefe elegido participaba en la fijación de las condiciones de trabajo.

³¹ "Se entenderá por bases de trabajo las que adopten los Jurados Mixtos o Comisiones Paritarias legalmente reconocidas al efecto, determinantes de las condiciones mínimas de protección para los trabajadores sobre salarios, jornadas, descansos, garantías de estabilidad, medidas de previsión y demás que puedan estipularse en los contratos de trabajo..." (Art 11)

³² En torno a la función normativa de los Jurados Mixtos GARCÍA OVIEDO, C. (1934, 525).

³³ " Se considerará pacto colectivo acerca de las condiciones del trabajo el celebrado entre una Asociación o varias Asociaciones patronales con una o varias Asociaciones profesionales obreras legalmente constituidas, para establecer las normas a las que han de acomodarse los contratos de trabajo que celebren, sean éstos individuales o colectivos, los patronos y trabajadores del ramo, oficio o profesión..." (Art 12)

³⁴ A diferencia de los denominados reglamentos de taller acordados con una sola empresa BORRAJO DACRUZ, E. (2007, 328).

prevista a efectos de registro.³⁵ El marco de normatividad que los meritados pactos parecen inspirar³⁶ no obstaba, así pues, a la posible intervención de la contratación individual y colectiva en clave de complementariedad; y ello sin ocultar, claro está, el papel subsidiario respecto a la negociación colectiva desarrollada en el seno de los Jurados Mixtos.³⁷

De igual forma, los reglamentos de régimen interior se erigían en actos de policía del trabajo y medida limitativa de los derechos y deberes de empresarios y trabajadores originados por una declaración unilateral de empresario que debía, no obstante, ser homologada por la Dirección General de Trabajo.³⁸

En segundo lugar porque, tal y como se ha señalado,³⁹ la citada ley no regulaba condiciones concretas de trabajo sino que establecía el marco necesario para su posterior desarrollo y regulación. Dicho de otra forma, aspectos medulares de la relación jurídico-laboral aparecían simplemente apuntados, sin que la meritada ley entrara en el detalle concreto que le permitiera dotarla de contenido. Ello resulta particularmente significativo en los pactos colectivos, en cuanto instrumentos que permitían a las partes sociales establecer, a falta de reglamentación paritaria o legal, un cuerpo de ordenación de trabajo de notoria amplitud.⁴⁰

Al margen de la mencionada ley, los principales hitos legislativos de la época evidencian el papel protagonista, que no exclusivo, de la Administración que se acaba de apuntar.

³⁵ " ... y una copia de los mismos deberá ser rigurosamente enviada al Ministerio de Trabajo y Previsión y a la Delegación Provincial correspondiente a fin de que sean visados y registrados." (Art 12 in fine).

³⁶ ALONSO OLEA, M. (2000, 43).

³⁷ MARTÍN VALVERDE, A. (1987,101).

³⁸ MENENDEZ-PIDAL, J. (1952, 138).

³⁹ MARTÍN VALVERDE, A. (1987,78)

⁴⁰ GALLART FOLCH A. (2000, 240).

El afianzamiento del papel estatal aparece ejemplificado por la Ley de colocación obrera aprobada el 27 de noviembre de 1931, que no sólo crearía un servicio de colocación estatal, esto es, un servicio público de colocación, nacional y gratuita con la función de aproximar las ofertas y demandas de mano de obra⁴¹, sino que otorgaría a las agencias privadas de colocación el plazo de una año para cesar en sus actividades: *"las empresas comerciales de colocación y las agencias de pago cesarán en sus funciones en el término de una año"*. El protagonismo administrativo igualmente se aprecia en la Ley de Jurados Mixtos Profesionales de 27 de noviembre de 1931, en la que destacaría la sistemática designación de los presidentes del Jurado por una autoridad administrativa,⁴² o, incluso, el control de los representantes del poder público por cuyo tamiz habían de pasar casi toda la actuación de estos órganos mixtos. La pretendida similitud de estructura y funciones entre los Jurados Mixtos y los comités paritarios⁴³ exigiría una matización que permitiera ponderar los cambios habidos, no sólo desde una perspectiva estrictamente nominal, sino en la concepción de esta organización mixta profesional que aspiraba a través de la jerarquización institucional a encarnar un régimen de auténtica autonomía profesional.⁴⁴

Finalmente, la Ley de Asociaciones Profesionales de 8 de abril de 1932, que estableció el necesario sometimiento de los estatutos, reglamentos o acuerdos a la autorización de la Delegación Provincial de Trabajo, ejemplificando igualmente, y esta vez en el terreno propiamente legislativo, el relevante y destacado papel de la Administración que contextualizaría la vida del trabajo durante la etapa republicana.

Ahora bien, tal y como se ha pretendido razonar, la naturaleza indirecta de la actuación administrativa en muchos de los casos analizados, la amplitud de fuentes que informaban la concreta regulación de las relaciones laborales

⁴¹ DE LA VILLA GIL, LE. PALOMEQUE LÓPEZ C. (1978, 304).

⁴² MONTOYA MELGAR A. (1992, 223).

⁴³ MONTOYA MELGAR, A. (1992, 222).

⁴⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J. (1936, 34).

durante esta época, o dicho con mayor grado de precisión, la instauración de un sistema de fuentes de autónoma vigencia, unido el paso de una negociación colectiva corporativa hacia una negociación colectiva voluntaria o libre, en la que las partes interesadas elegían las materias a negociar, las unidades de negociación e, incluso, las medidas de persuasión⁴⁵ permiten mediatizar la presencia de la Administración, impidiendo catalogar su presencia en el seno de las relaciones laborales en términos absolutos y excluyentes.

1.1.2. La normativa contra el paro obrero.

1.1.2.1. La Ley de 25 de junio de 1935 y el Decreto de 29 de noviembre como remedios legislativos de urgencia.

En el contexto de la crisis económica referida adquiriría singular importancia la normativa contra el paro aprobada durante el periodo republicano. Caracterizada por una enorme dispersión, y por su alcance preventivo, reparador y rehabilitador⁴⁶, la citada normativa incidirá con diversa intensidad, ya sea en fase preventiva o protectora, en una de las principales problemáticas de la época, configurándose como un remedio de auténtica necesidad. Dentro de este conglomerado normativo destacaría, por una parte, la Ley de 25 de junio de 1935 de medidas transitorias para remediar el paro obrero y, por otra, el Decreto de 29 de noviembre sobre despido parcial de obreros por falta de trabajo, de ese mismo año. Ambos instrumentos aspirarían *"a ser una medida de detención del desempleo, que había de llegar en aquellos años a conocer una intensidad considerable"*.⁴⁷

La primera de las leyes contemplaba entre su articulado algunas medidas precisas para luchar contra el paro, medidas que resulta posible agrupar, en

⁴⁵ MARTÍN VALVERDE A. (1987,101).

⁴⁶ DE LA VILA GIL L.E. (2003, 351).

⁴⁷ DEL VALLE J.M. (1996,181)

relación con su ámbito de incidencia, en torno a una triple tipología; económica, orgánica y procedimental.

La tipología económica aludida aparece explicitada en el primero de los preceptos de la mencionada ley. De esta forma, el Estado asumía e intensificaba la acción *"para el fomento de la previsión contra el paro forzoso, mediante la Caja Nacional de este nombre,(...) mediante bonificaciones concedidas a las entidades que otorguen a sus afiliados subsidios de paro y que cumplan las condiciones exigidas por estas bases"*⁴⁸ a través principalmente de la bonificación de los subsidios finalmente abonados por los fondos o Cajas creadas por los Jurados Mixtos, Conferencias Nacionales de Industria o, Corporaciones regionales, insulares, provinciales o locales.

La tipología orgánica vendría determinada por la creación de una Junta Nacional contra el Paro, bajo la presidencia del Ministro del ramo, constituida con el indisimulable propósito de *"impulsar y orientar la política nacional contra el paro"* (Art 3), y propugnar reformas en la legislación social para alcanzar tal fin⁴⁹, bien sea mediante la emisión del informe al Ministerio de Trabajo *"en cuantos proyectos de ley o Decretos se refieran a obras, actividades o medidas que puedan influir en el ritmo del paro"* (Art 3.a) o de los ministros, sobre *"la concesión de primas, anticipos y subvenciones"* (Art 3.d), bien sea proponiendo directamente al gobierno la realización de obras excepcionales durante el periodo de crisis.

Por último, y en el plano procedimental, el art. 12 preveía el antecedente remoto de los actuales procedimientos de regulación de empleo o, dicho de otra forma, la primera forma de intervención administrativa en las extinciones de contrato por causas económicas⁵⁰. Así, *"en aquellas industrias en que se justifique la necesidad del despido parcial de obreros por falta de trabajo, y*

⁴⁸ Base sexta del Decreto de 25 de mayo de 1931 de previsión social contra el paro obrero.

⁴⁹ MARTÍN GRANIZO L., GONZALEZ ROTHVOSS, M. (1932,178).

⁵⁰ FERNANDEZ VILLAZÓN, L. A. (1994,67).

también en las obras que estén incluidas en esta ley de Paro, se autoriza al Ministro del ramo para, oído el parecer del Jurado mixto que corresponda, establecer turno de trabajo o reducir el número de días semanales de labor, quedando facultadas las empresas para elegir entre ambas medidas”, señalándose en este punto, la influencia de la “Betriebsstilllegungsverordnung” de 15 de octubre de 1923, que estableció en Alemania un régimen de control administrativo de los despidos en masa, y el establecimiento de un plazo de espera para tales despidos, durante el cual la autoridad administrativa podía imponer la reducción del trabajo⁵¹.

El singular desarrollo de la última de las medidas aludidas vendría determinado por el Decreto de ese mismo año, en el que efectivamente y tal y como se ha apuntado se reguló un específico procedimiento en relación con las crisis de trabajo⁵². La literalidad del mencionado Decreto era del siguiente tenor: *“Cuando una empresa se vea precisada a despedir obreros por falta de trabajo lo pondrá en conocimiento del Jurado Mixto competente, justificando plenamente las causas que motiven su decisión. Recibida que sea por el Jurado Mixto dicha comunicación, éste podrá practicar las diligencias que estime oportunas, con objeto de investigar la posibilidad de evitar los despidos mediante el establecimiento de turnos de trabajo o reducción de días semanales de labor, emitiendo el informe correspondiente En el caso que de este informe se derive la imposibilidad de tales medidas, la empresa podrá proceder al despido proyectado. Si en el informe del Jurado Mixto se declarase la posibilidad de establecer turnos de trabajo o la reducción de días de labor se dará vista de la misma al interesado y será elevada inmediatamente por dicho organismo al Ministerio de Trabajo para que éste decida en el plazo máximo de quince días, sobre la autorización que le otorga el artículo 12 de la ley de 25 de junio de 1935. Si transcurrido dicho plazo el Ministerio no hubiese resuelto sobre el particular, la empresa podrá realizar los despidos,*

⁵¹ RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER M. (1967, 496).

⁵² Si bien, tal y como se ha apuntado el mencionado Decreto fue mucho más allá de la propia ley en determinados aspectos, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A. (1994,68)

sin perjuicio de los derechos que otorgan las disposiciones vigentes a los obreros despedidos”.

La necesidad de desarrollar reglamentariamente la posibilidad prevista en el art. 12 a los efectos de favorecer el exacto cumplimiento de la ley se erigía, tal y como se indica en la exposición de motivos, en la causa fundamental para aprobación del mencionado Decreto. De esta forma se señalaba que *“las empresas y patronos a los que podía afectar el precepto del Art 12 habían venido despidiendo a los obreros que trabajaban en las industrias sin notificarlo al Ministerio de Trabajo, con lo que ha sido imposible el ejercicio de la prerrogativa empresarial”.*⁵³

1.1.2.2. La crisis laboral: génesis y determinación del presupuesto causal.

La noción de falta de trabajo,⁵⁴ en cuanto categoría específica de crisis de trabajo⁵⁵ y, en particular, como elemento vertebrador de la posibilidad extintiva contemplada en el Decreto de 29 de noviembre de 1935, exige precisar, desde una perspectiva temporal, el momento de su surgimiento histórico, no sin antes mostrar, tal y como en su momento lo hizo el profesor BAYON, nuestra contrariedad por un concepto que no siempre se corresponde con la realidad, ya que *“el trabajo puede no faltar y el negocio dar un resultado deficitario”.*

Parte de la doctrina científica⁵⁶ ha ubicado, tradicionalmente, su génesis en el concepto más amplio de fuerza mayor y, particularmente, en la vía extintiva contemplada en el Art. 89.5ª de la LCT de 1931; (*“Los contratos individuales de trabajo terminarán por una de las causas siguientes: Fuerza mayor que imposibilite el trabajo por una de las siguientes causas: incendio,*

⁵³ Exposición de Motivos Decreto de 29 de noviembre de 1935. (Gac. 3 de diciembre).

⁵⁴ BAYÓN CHACÓN, G. (1970,60).

⁵⁵ RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (1967, 496).

⁵⁶ FERNANDEZ VILLAZÓN L.A. (1994, 66).

inundación, terremoto, explosión, plagas del campo, guerra, tumultos o sediciones, y, en general cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no hayan podido prever o que, previsto, no se haya podido evitar"). Un examen reposado de la mencionada ley no permite sustentar dicha afirmación de forma concluyente.

En primer lugar, porque en la literalidad del precepto que se acaba de transcribir no aparece enumerado supuesto alguno más allá que el de fuerza mayor en sentido propio, sin que la apertura final del precepto ("*... y, en general cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no hayan podido prever o que previsto, no se haya podido evitar*"), permita una interpretación extensiva como la pretendida. Debe diferenciarse una doble tipología entre los despidos que se producen a través de actos impropios.⁵⁷ Por un lado, las fuerzas mayores propias imposibilitantes del trabajo como las que se acaban de enumerar y, de otro, las fuerzas mayores impropias, con "*gradaciones infinitas en su causalidad*"⁵⁸, entre las que tendría cabida la negligencia, ineptitud, gestión desafortunada, falta de visión, energía e iniciativa empresarial o, dicho con otras palabras, aquellas extinciones en las que concurriría de forma acumulativa un doble condicionante: el hecho del que derive no sea causado de forma dolosa o culposa por empresario y, la existencia de una imposibilidad definitiva en el cumplimiento de la prestación contractual.⁵⁹ Se trataba, en definitiva, de un supuesto extintivo con la suficiente entidad para no deber entenderse como tácitamente deducible en precepto alguno que no se manifieste de forma expresa en torno al mismo.

Así lo entendió, por otra parte, la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, que estableció una dualidad esclarecedora al contemplar en el art. 76.6 el supuesto de fuerza mayor y caso fortuito de forma mezclada que no confundida⁶⁰, y por otro lado, en el art. 76.7 el supuesto de crisis laboral y

⁵⁷ BAYÓN CHACÓN, G. (1969, 21).

⁵⁸ ALONSO OLEA, M. (1969, 313).

⁵⁹ DEL PESO CALVO, C. (1970, 92).

⁶⁰ PEREZ LEÑERO, J. (1949, 237).

de empresa, debiendo transitar por caminos paralelos la imposibilidad y la crisis y ello, no sólo en el plano legislativo, sino más propiamente en el conceptual, por afectar la primera de ellas al objeto del contrato y la segunda a la causa.⁶¹

En segundo lugar, y como complemento al argumento de la literalidad, es posible aducir una interpretación integradora y silogística de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 y su predecesora de 21 noviembre de 1931. Interpretación que por otra parte permita mediar en la ardua polémica en torno a la exigencia de autorización administrativa en los supuestos de fuerza mayor tal y como preveía el art. 1 del Decreto de 26 de enero de 1944 y obviaba la ley o, por decirlo con un mayor grado de precisión, la posible operatividad *ipso iure* de las extinciones fundamentadas en dicha causa extintiva. De esta forma, si el art. 76.7 de la primera de las leyes citadas es reproducción íntegra del art 89.5 de la ley republicana y, en la primera de las leyes no se preveía propiamente la exigencia de autorización administrativa, no es entendible de qué manera puede apreciarse incluido el concepto de falta de trabajo en el supuesto de fuerza mayor de la ley republicana. La mencionada conclusión, enunciada en clave de silogismo, parte como premisa de la inexigibilidad *ex lege* de dicha autorización sobre la base de un estricto criterio de jerarquía normativa ante la colisión aplicativa entre Ley y Decreto que debe ser resuelta a favor del primero de los instrumentos reguladores⁶².

Por todo ello, la génesis del elemento causal debe residenciarse, con indudable rotundidad, en la Ley de Jurados Mixtos Profesionales de ese mismo año⁶³, y no en la Ley de Contrato de Trabajo⁶⁴. El art. 46 de la mencionada

⁶¹ SUAREZ GONZALEZ, F. (1970, 76).

⁶² El profesor Suárez González aporta, a mi entender, argumentos de notoria solidez, entre los que se encontraba inexigibilidad legal de dicha autorización y el apoyo jurisprudencial que otorgaba la conocida SCT de 6 de marzo de 1962 que señalaba textualmente que la autorización exigida por el Decreto "no es precisa cuando se trata de fuerza mayor, porque entonces la terminación del contrato se produce de manera automática."

⁶³ (Gac 28 de Noviembre).

⁶⁴ GONZALEZ-POSADA MARTINEZ E. (1995, 360).

Ley señalaba que”: *El despido de un obrero podrá estar justificado por causas imputables al mismo o por motivos independientes de su voluntad. En el primer caso no dará derecho a indemnización alguna. En el segundo (crisis de trabajo, cesación de la industria, o profesión, naturaleza eventual o limitada del trabajo de que se trate etc.) el obrero podrá exigir los salarios correspondientes al plazo de preaviso normal establecido por la costumbre o por las bases de trabajo... ”.*

Este enunciado legal posibilita, no sólo, una mayor concreción del supuesto de hecho que plasma la dualidad motivadora de los actos extintivos del vínculo laboral, esto es, despidos por causas subjetivas u originados por la conducta y voluntad de una de las partes y despidos objetivos de motivación ajena al contenido y desarrollo de la relación de trabajo. Además,⁶⁵ también permite visualizar la consecuencia jurídica anudada a dicho supuesto, es decir, el abono de la correspondiente indemnización,⁶⁶ concretada en la exigencia de los salarios correspondientes al plazo de preaviso normal establecido por la costumbre o las bases de trabajo,⁶⁷ o por las mejoras que se pudieran conceder al trabajador en este punto. Mejoras que venían dadas por el aumento del montante de los jornales del preaviso o, incluso, por el establecimiento de una cantidad a cobrar por el tiempo que el trabajador llevara de servicio.⁶⁸

Desde una perspectiva causal, la categoría de falta de trabajo como supuesto de hecho originador y determinante de la consecuencia extintiva aludida deviene de formulación compleja, ya que la necesaria objetividad que debe presidir el supuesto extintivo se proyecta tanto en el plano conceptual como en el plano propiamente procedimental. Por una parte, porque la objetividad impide amparar las extinciones o las medidas alternativas que se puedan

⁶⁵ BAYON CHACON, G. (1969, 21).

⁶⁶ Así se manifestaría el Art 54 del Texto refundido de la Legislación sobre Jurados Mixtos.

⁶⁷ GARCÍA OVIEDO, C. (1934, 250).

⁶⁸ GALLART FOLCH, A. (1936, 84).

implementar en la arbitrariedad, discrecionalidad o creencia empresarial subjetiva en torno a la verdadera situación empresarial, siendo necesaria la presencia de *"dificultades económicas que afecten considerablemente a la marcha, a la existencia o a la rentabilidad de la empresa poniendo en peligro su propia supervivencia como organización productiva;"*⁶⁹ esto es, aquella situación en la que se produce una ruptura bien entre la producción y el consumo (crisis económica) bien entre la producción y el trabajo (crisis laboral).⁷⁰ Y, por otro lado, en la necesaria constatación de dicha situación por un tercero que corrobore tal situación de crisis, porque nos encontramos ante *"una medida de política económica que sólo indirectamente y en segunda línea protege al trabajador individual,"*⁷¹ debiendo ser la concesión de autorizaciones, ante un determinado panorama causal, una medida ponderada y graduada.⁷²

Por todo ello, la crisis laboral se encuentra íntimamente ligada a la falta de trabajo en cuanto situación netamente desfavorable del mercado, mientras que la crisis de empresa afectaría única y exclusivamente a ésta en su propia singularidad, con independencia de la marcha general del mercado. En todo caso, resultaría necesaria una mayor acreditación de las causas cuando la actividad comercial subsistiera, posibilidad ésta última que caracterizaría el examen puramente causal durante la etapa republicana, a diferencia de la regulación posterior en el que la concurrencia causal exigiría la desaparición del proyecto empresarial⁷³.

De esta forma, la real y efectiva situación de crisis se instituyó en criterio determinante para la adopción de la mencionada medida⁷⁴, tal y como, por

⁶⁹ RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER M. (1967,497).

⁷⁰ Sigo en este punto la dualidad esclarecedora establecida por SUAREZ GONZALEZ, F (1970, 74).

⁷¹ RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (1967, 501).

⁷² Resolución de 6 de mayo de 1940.

⁷³ BENITEZ DE LUGO Y REYMUNDO, L. (1945, 57).

⁷⁴ La Resolución de 26 de abril de 1940, que negó la realidad de la situación de crisis a una empresa que admitió a un obrero con posterioridad al despido aunque el patrono sustituyera al propio despido.

otra parte, quedó reflejado en el cuerpo de jurisprudencia plasmado, a tal efecto, por las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 1 de diciembre de 1939, estableciendo que la situación de crisis no solamente había que aducirla sino también probarla o, la de 11 de febrero de 1943 que señaló igualmente la necesidad de acreditar tal situación.

1.1.2.3. La procedimentalización del control causal: el protagonismo de los jurados mixtos.

Probablemente ninguna otra institución posibilite un entendimiento tan acabado de un determinado contexto social y jurídico, de una determinada concepción de las relaciones de trabajo y producción, como la de los Jurados Mixtos.

Su régimen sustantivo, durante la etapa republicana, residenciado en un primer momento en la dicción literal del art. 2 de la Ley de 27 de noviembre de 1931 sobre creación y organización de los Jurados Mixtos profesionales⁷⁵ ("los Jurados Mixtos del trabajo industrial y rural son instituciones de derecho público encargado de regular la vida de la profesión o profesiones y de ejercer funciones de conciliación y arbitraje"), se completaría con un intenso proceso de evolución y reforma acometido desde 1934 tendente a reforzar su papel jurisdiccional⁷⁶. Proceso de reforma que se asentaría sucesivamente en tres hitos legislativos. Primeramente, en la precitada Ley de 27 de noviembre de 1931, que instauró una organización mixta profesional asentada en torno a tres instituciones:⁷⁷ Jurados Mixtos del trabajo industrial y rural, Jurados Mixtos de la propiedad rustica y Jurados Mixtos de la producción y de las industrias agrarias, con la designación del presidente y vicepresidentes entre los vocales patronos y obreros; la Ley de Bases de 16 de julio de 1935, que concedería dicha presidencia a un juez o fiscal de carrera en un intento de

⁷⁵ Gac 28 de noviembre

⁷⁶ MONTERO AROCA, J. (1973, 82).

⁷⁷ MONTERO AROCA, J. (1976,139).

dotar de la necesaria neutralidad a la mencionada institución y, finalmente, la Ley de 30 de mayo de 1936, que restablecería el régimen existente con la Ley de 1931, derogando la precedente ley de 1935 y cesando "*a los funcionarios de la carrera judicial y fiscal que hubieran obtenido el nombramiento de presidente de Jurado Mixto al amparo de la ley de 16 de julio de 1935*"⁷⁸. Desde una perspectiva funcional, se ha indicado⁷⁹ que las atribuciones competenciales de la mencionada institución se pueden agrupar en torno a una triple tipología - jurisdiccional, reglamentaria y conciliadora - siendo considerados, no obstante, como los órganos por excelencia de la jurisdicción de trabajo.⁸⁰

Las funciones atribuidas a los Jurados Mixtos en el contexto de los despidos parciales por falta de trabajo no resultaban del todo claras a tenor de lo dispuesto en el art. 12 de la precitada Ley de 25 de junio de 1935. Así, y si bien la literalidad del reseñado precepto parece otorgar a los mencionados organismos el papel de controlar, o cuando menos investigar sobre la posibilidad de atenuar el carácter indudablemente traumático de las medidas a adoptar⁸¹, hay quien refuerza su papel, al otorgarles funciones de naturaleza eminentemente autorizatorias⁸². A mi entender, se hace necesario desdoblarse en un plano funcional las atribuciones que la Ley confiere a los Jurados Mixtos una vez comunicada a la administración la voluntad empresarial de despedir, así como las causas que motivan tal decisión.

En un primer momento parece evidente la necesidad de investigar, ponderar o indagar en torno a la posibilidad o no de acudir a medidas alternativas al despido, estableciendo turnos de trabajo o reduciendo los días laborables, consideraciones que se había de plasmar en el necesario informe de carácter preceptivo al acto administrativo final. De esta forma, una vez constatadas

⁷⁸ (Gac 2 de junio) Artículo Único.

⁷⁹ MONTERO AROCA, J. (1973,145).

⁸⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J. (1936,35).

⁸¹ GONZALEZ - POSADA MARTÍNEZ, E. (1995, 360).

⁸² MONTOYA MELGAR, A. (1992,223).

las posibles alternativas, se daría audiencia al interesado, al efecto de que sus alegaciones, junto con el informe emitido por el propio Jurado, fueran valoradas por el Ministro correspondiente en un plazo de quince días, con la finalidad de aprobar el despido o sustituirlo por alguna de las medidas previamente constatadas.

Ahora bien, pasado ese primer momento, y ante la inexistencia corroborada por los propios Jurados en su informe de alternativa alguna, las extinciones se llevarían a cabo sin mayores exigencias, adquiriendo por lo tanto su actuación un papel claramente autorizador, viniendo informado el contenido del acto administrativo final por un mandato de reducción del trabajo, y no tanto por una autorización para su implantación⁸³. De cualquier forma, y tal y como advierte la Resolución de 30 de abril de 1940, la imposición de turnos de trabajo o la reducción de jornadas de labor debía ser de adopción prioritaria, y sólo después de la comprobación de la ineficacia de tales medidas sería posible acudir a las medidas extintivas, sin que la administración laboral de la época hubiera posibilitado la adopción de los despidos de forma alternativa o subsidiaria⁸⁴.

Ciertamente y, a tenor de lo indicado, la función de los Jurados Mixtos iba más allá que la de emitir un mero informe, adquiriendo, por el contrario, una notable relevancia en orden a autorizar los despidos, establecer turnos de trabajo o reducir los días de labor; esto es, ostentaban suficientes atribuciones para ejercer una amplia valoración y ponderación de la crisis laboral que habría de fundamentar una posterior resolución por parte de la autoridad laboral. Puede concluirse que se trataba de un sistema confuso, en la medida en que un mismo órgano, los Jurados Mixtos, se encargaban, por

⁸³ RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (1967,507).

⁸⁴ La resolución de 17 de octubre de 1940 denegó la autorización a una empresa minera que pretendía acudir a dichas medidas extintivas al haberse concedido a la misma la reducción de jornada semanal como medio para mitigar la situación de crisis económica.

una parte, de evitar los despidos y, por otra, de conocer las eventuales reclamaciones individuales que los trabajadores afectados pudieran realizar.

En cualquier caso, esta aproximación al procedimiento que se acaba de referir posibilita ponderar las incipientes novedades que informarán y caracterizarán la posterior evolución de los expedientes por crisis: la concreción y final determinación del presupuesto causal y su procedimentalización jurídico-administrativa. O, dicho con un mayor nivel de precisión, la presencia, si bien en un estado embrionario, de un periodo de consultas institucionalizado en los Jurados Mixtos y el protagonismo de la Administración, materializado en la intervención del Ministerio de Trabajo con ocasión del desacuerdo final entre las partes.

1.2. LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA ETAPA FRANQUISTA.

1.2.1. El reforzamiento del papel de la Administración en las relaciones laborales.

La etapa histórica iniciada el 1 de abril de 1939 vendría caracterizada por la supresión de las libertades de organización y acción de los grupos profesionales y por el consabido protagonismo de la administración laboral en la regulación de las condiciones de trabajo⁸⁵.

Las mencionadas notas permiten una delimitación cerrada de aquellos principios que caracterizarán al Derecho español del Trabajo y que confluirán singularmente en esta época histórica, vertebrando un entendimiento de las relaciones del trabajo en torno a cuestiones tales como la validez universal de principios morales objetivos, en un contexto armónico de solapamiento

⁸⁵ MARTÍN VALVERDE, A. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. GARCIA MURCIA, J. (2005, 79).

conceptual e ideológico entre capital y trabajo o en un antiformalismo basado en la equidad⁸⁶.

Estos principios ideológicos se proyectarán con rotundidad en la principal creación material o legislativa de la época, el Fuero del Trabajo promulgado el 9 de marzo de 1938 y que, junto con el Fuero de los Españoles y los Principios del Movimiento Nacional, se erigirían en los pilares fundamentales que dotarán de contenido sustantivo el modelo franquista. El nacional-catolicismo no sólo se constituirá en el fundamento ideológico del nuevo régimen, sino en el elemento sustentador del deber del Estado de desplegar las facultades normativas a fin de lograr la justicia social y ello, claro está, mediante la negación del antagonismo social definitorio del modo de producción capitalista. En concreto, la subordinación de la economía a la política y la idea de la hermandad de los elementos de la producción⁸⁷ serán reseñas definitorias del Fuero del Trabajo y, por consiguiente, de los futuros instrumentos normativos que informarán el devenir legislativo de toda una época, debiendo, no obstante, diferenciarse dos grandes etapas: la primera de ellas, caracterizada por un marcado estatismo, mientras que la segunda aparecerá definida por la incipiente introducción de ciertos elementos liberalizadores debido, en buena medida, a la aprobación de las distintas leyes de convenios colectivos de trabajo⁸⁸. En cualquier caso, nos encontramos ante una época en la que el nuevo Estado asumirá un decidido protagonismo en la tarea de dar contenido a las relaciones de trabajo, superando los mínimos que venían fijando los poderes públicos.⁸⁹ Y ello, en clara consonancia con una transformación en la estructura subjetiva del vínculo jurídico-laboral, mediante la aparición del Estado como nuevo sujeto con auténticas funciones de vigilancia y control, con una clara influencia en la modelación del trabajo humano y, por otro lado, con la atenuación de la

⁸⁶ DE LA VILLA GIL, L.E. (2003, 508)

⁸⁷ BAYÓN CHACÓN, G PÉREZ BOTIJA, E. (1967, 135).

⁸⁸ BORRAJO DACRUZ, E. (2007,130).

⁸⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V. (1982, 58).

sustantividad contractual como instrumento hábil a los efectos de configurar y explicitar las relaciones de producción⁹⁰.

En un plano orgánico y, dentro de la temática analizada, el reforzamiento del protagonismo de la Administración vino dado por la atribución al Ministerio de Trabajo de amplísimas potestades normativas⁹¹, sufriendo importantes transformaciones. Así, y a partir de la Ley de 8 de agosto de 1939 y del Decreto de 18 de agosto de ese mismo año, el citado ministerio se estructuraría en torno a tres grandes pilares: la Dirección General de Trabajo, que asumía las cuestiones típicamente laborales, la Dirección General de Jurisdicción que, junto a la organización y vigilancia de las magistraturas de trabajo, le correspondían importantes funciones en materia de fiscalización de los órganos jurisdiccionales y, finalmente, la Dirección General de Previsión, con relevantes competencias en materia de seguridad social y de previsión y ahorro.

Otra de las singularidades de este robustecimiento de la Administración vendría dada por la importancia que adquirirían en este período histórico las Delegaciones Provinciales de Trabajo. Efectivamente, las atribuciones competenciales detalladas en el Decreto de 21 de diciembre de 1943, por el que se aprobaba el Reglamento de Delegaciones de Trabajo, se pueden reconducir, en un plano funcional, a la realización de actividades propiamente laborales, entre las que se pueden destacar, por una parte, la potestad reglamentaria y ejecutiva y, por otro lado, la potestad inquisitiva e incluso correctiva, referida, esta última, a la previsión y colocación de movimientos migratorios⁹².

⁹⁰ En torno al contractualismo y a las tesis relacionistas como elemento configurador de las relaciones laborales en la etapa franquista SEMPERE NAVARRO, A.V. (1982,43).

⁹¹ MONTOYA MELGAR, A. (1992,343).

⁹² MERCADER UGUINA, J.R. y TOLOSA TRIBIÑO, C. (2004,96).

En la temática analizada, conviene destacar la inicial supresión de los Jurados Mixtos y la creación de las Magistraturas de Trabajo por el Decreto de 13 de Mayo de 1938, en cuyo artículo primero se disponía que *"la competencia atribuida a los Jurados Mixtos y Tribunales Industriales se confiere a las Magistraturas de Trabajo que por este Decreto se crean"*. No obstante, la aparente judicialización de dicho proceso resultó rápidamente contrariada por la Dirección General de Trabajo que, con fecha 24 de junio, dispuso que las funciones atribuidas a los Jurados Mixtos pasasen a ser competencia de las Delegaciones de Trabajo, con lo que quedaría intacto el protagonismo de la Administración en el control de los despidos por crisis, reduciendo el papel de la Magistratura a la fijación de las indemnizaciones por despido.⁹³

Esta primera atribución a las Delegaciones de Trabajo de las funciones encomendadas con anterioridad a los Jurados Mixtos se vería confirmada por la Ley de 10 de noviembre de 1942, así como por el Decreto 21 de noviembre de 1943, estableciendo este último, y de forma expresa, entre las competencias de las Delegaciones de Trabajo, *"la instrucción de expedientes y adopción de medidas en caso de solicitud de despidos o de suspensiones de personal por causas de crisis económica"*, configurando lo que se ha dado en llamar como la absorción por la Administración de las funciones de los antiguos Jurados Mixtos⁹⁴.

1.2.2. El Decreto de 26 de enero de 1944 y la exigencia de autorización administrativa.

1.2.2.1. La regulación del expediente de crisis.

Continuadora de la Ley de Contrato de Trabajo republicana, la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 introduciría novedades de

⁹³ DEL VALLE, J M. (1996,187).

⁹⁴ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A. (1994,73).

relevancia en la materia analizada. Y ello no sólo desde una perspectiva conceptual, sino también en un plano adjetivo o procedimental.

El precepto nuclear de las mencionadas novedades sería el art. 76.7 b) de la mencionada ley, que recogería con precisión, y desde un punto de vista eminentemente causal, la noción de crisis existente con anterioridad en el art. 46 de la primera Ley de Jurados Mixtos profesionales. De esta forma, y entre las causas de despido, se señalaría: *"la cesación de la industria, comercio, profesión o servicio, fundada en crisis laboral o económica, siempre que dicha cesación haya sido debidamente autorizada conforme a las disposiciones en vigor"*. Efectivamente, nos encontramos ante un precepto que conjugaba el posible resultado económico negativo del empresario con la concepción de que *"toda propiedad ejerce una función social y de la preeminencia de un interés superior de la permanencia de los trabajadores en el empleo, estimando de mayor gravedad su situación de paro que las pérdidas del empresario"*⁹⁵.

Como desarrollo legislativo de la precitada ley, cobraría una especial significación el Decreto de 26 de enero de 1944, que establecería la exigencia de autorización administrativa para la extinción del contrato por cesación de la industria, comercio, profesión o servicio fundada en la crisis laboral o económica, atribuyendo a la Administración un poder de policía de gran intensidad,⁹⁶ un control formal típico de policía administrativa.⁹⁷

A modo de complemento del referido Decreto, destacaría, por una parte, el Decreto de 18 de agosto de 1947, que otorgó a los Jurados de empresa la competencia de emitir un informe en los casos de suspensión o modificación de las condiciones de trabajo por escasez de obra o tarea y, por otra, por la Orden de 28 de enero de 1949, por la que se autorizaba a las empresas a

⁹⁵ BAYÓN CHACÓN, G. PÉREZ BOTIJA, E. (1967, 534).

⁹⁶ DEL VALLE, J. M. (1996,189).

⁹⁷ DESDENTADO DAROCA, E. (1994,3).

utilizar los servicios de sus trabajadores suspendidos por causas de crisis en trabajos de carácter meramente puntual. Asimismo, el referenciado Decreto vino acompañado por importantes disposiciones de igual rango que incidirían sobremanera en el cobro del subsidio del paro por parte de los trabajadores afectados. Cabe destacar, en este sentido, el Decreto de 16 de junio de 1954, que posibilitaba la percepción del subsidio a los despedidos con autorización por haberse introducido en la empresa mejoras de carácter técnico relacionadas con nuevos métodos de trabajo, así como los Decretos de 26 de noviembre de 1959 y 3 de marzo de 1960, que establecerían sendos subsidios por desempleo relacionados con el cese en la empresa por motivaciones económicas.

El artículo 1 del Decreto de 1944 comenzaba señalando lo siguiente: *"toda empresa, para suspender o cesar en sus actividades, y por consiguiente, para dar por suspendidas o extinguidas, según los casos, sus relaciones laborales con el personal, habrá de obtener la previa autorización de los organismos competentes del Ministerio de Trabajo, salvo cuando la suspensión o cese derive, de venta, traspaso u otro negocio jurídico que origine la continuidad de la misma por los nuevos titulares en que se estará a lo dispuesto por la Ley de Contrato de Trabajo"*.

El Decreto no sólo erigía a la autorización administrativa en elemento fundamental del nuevo régimen de suspensión o cese de actividades de la empresa, sino que plasmaba con indudable rotundidad la idea de la empresa como una comunidad de fines y una solidaridad de intereses.⁹⁸ De esta forma, se destacaría *"la finalidad de garantizar tanto los derechos de los empresarios como de los trabajadores, unificados y sometidos al interés superior de la comunidad española"*.

La intensidad con la que venía configurada la autorización administrativa vendría dada, en esencia, por la declaración de nulidad que conllevaba su

⁹⁸ MONTOYA MELGAR, A. (1992, 330).

ausencia.⁹⁹ Y es que, *“la falta de autorización no se configuró como un mero defecto de forma en un iter procedimental complicado, sino como la ausencia de un requisito indispensable”*¹⁰⁰, definiéndose, por primera vez, la intervención de la autoridad laboral en clave autorizadora. Nos hallamos ante una intervención intensa de la Administración en el *iter* procedimental tendente a la extinción por crisis en la empresa, ante un requisito verdaderamente indispensable, quedando reducida la intervención de la jurisdicción social a conocer las impugnaciones del despido ante la ausencia de autorización y, en su caso, a fijar las indemnizaciones en caso de extinciones autorizadas. Por lo tanto, las Magistraturas de Trabajo no serían competentes, a tenor de la referida normativa, para valorar el fundamento causal del propio acto extintivo cuando éste era autorizado.

La mencionada autorización había de ser solicitada por el empresario afectado por la situación de crisis, configurándose este expediente de crisis como procedimiento especial frente al común positivizado, a su vez, en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, caracterizada, a grandes rasgos, por la regulación no sólo de aspectos propiamente procedimentales, sino por un sistema garantizador en vía administrativa, una ordenación general de los órganos administrativos y, en definitiva, una determinación general de los actos administrativos.¹⁰¹ Ese procedimiento especial vendría nucleado en torno a dos declaraciones:¹⁰² (i) una declaración de juicio o conocimiento, junto a (ii) una declaración de voluntad en términos autorizatorios o de adopción de medidas alternativas.

Necesario resulta destacar las premisas¹⁰³ en torno a las cuales se apoyaba este expediente administrativo de crisis, y que se pueden sintetizar en los siguientes términos: (i) la colectividad del despido, (ii) la necesaria fijeza de

⁹⁹ De esta forma lo establecía la OM de 23 de Abril de 1947.

¹⁰⁰ DEL VALLE, J. M. (1996,192).

¹⁰¹ PARADA VÁZQUEZ, R. (1998,229).

¹⁰² MONTOYA MELGAR, A. (1970,152).

¹⁰³ ALONSO OLEA, M. (1957, 76).

los trabajadores potencialmente afectados, condicionante expresamente previsto en la Orden de 5 de Abril de 1944 en cuyo art. 1 se señalaba que "*las prescripciones que se contienen en el decreto de 26 de enero de 1944 en relación con el cese o suspensión de todos o parte de los trabajadores de una empresa, habrán de entenderse referidas tan sólo al personal fijo que integra su plantilla, con exclusión, por tanto, de los productores eventuales (...),*" y (iii) la falta de continuidad de la empresa,¹⁰⁴ ya que en los casos de venta, traspaso u otro negocio jurídico que originara la continuidad de la empresa, el nuevo empresario se subrogaría en los derechos y obligaciones del anterior.

El inicio del expediente debía venir informado por una voluntad empresarial manifestada en tal sentido. A éste competía llevar a cabo la necesaria ponderación en torno a la situación de su empresa, a los efectos de iniciar el procedimiento tendente a la obtención de la pertinente autorización, no estando previsto, en este sentido, que la Administración actuara de oficio. Ahora bien, dicha previsión debe ser complementada por lo dispuesto en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1967, que legitimaría a los trabajadores potencialmente afectados el inicio del procedimiento.

La comunicación, que adoptaba la forma de instancia, debía dirigirse a la Delegación Provincial de Trabajo, ("*en los casos expresados en los artículos anteriores, conocerá del expediente la Delegación de Trabajo de la provincia donde radique la empresa*" art 3), la cual podría comunicar la incoación del mismo a la Dirección General de Trabajo. Así lo disponía el reseñado precepto, "*a la vista de la trascendencia social que, a su juicio, pudieran determinar las medidas que se adoptan, podrá recabar la competencia para tramitar y*

¹⁰⁴ Art 79 de la Ley de 26 de enero de 1944 y Art 1 del Decreto de 26 de enero de 1994.

*resolver la petición deducida, siempre que la resolución que ya de dictarse pueda afectar a más de cien trabajadores (art.3)."*¹⁰⁵

En cualquier caso, la literalidad del mismo no resultaba clara en orden a determinar la asunción de competencias por la Dirección General de Trabajo. Enunciada la cuestión en forma interrogativa, del tenor literal de precepto no era posible dilucidar si la mencionada asunción se producía cuando la crisis revestía trascendencia social o afectaba a más de cien trabajadores; o, por el contrario, tal asunción, y la consiguiente proyección competencial hacia la Dirección General de Trabajo, tenía lugar en aquellos casos en que los despidos pretendidos afectaran (siempre) a más de cien trabajadores, y ésta Dirección considerara oportuno asumir el expediente dada la trascendencia social de la cuestión. La dualidad interpretativa sería esclarecida por la Orden de 5 de abril de ese mismo año, expresamente dictada para aplicar el expediente de crisis con criterios de oportunidad. Así, en el último de los referidos decretos se dispondría que "(...) *únicamente deberá comunicarse a la Dirección General de Trabajo la incoación de aquellos expedientes en que la resolución que haya de dictarse pueda afectar a más de cien trabajadores, a menos que se trate de empresas de ámbito nacional o que la medida que haya de adoptarse tenga verdadera trascendencia social*".

En definitiva, la competencia de la Dirección General vendría dada por una triple disyuntiva: (i) que el expediente afectara a más de cien trabajadores (ii) que revistiera trascendencia social o (iii) que se tratara de una empresa de ámbito nacional.

A partir de ese momento, la Dirección General o la Delegación Provincial correspondiente deberían recabar los datos, pruebas y asesoramientos necesarios, solicitando informe a la inspección de trabajo y a la organización

¹⁰⁵ La competencia de la Dirección General de Trabajo se completaría con la previsión de la Orden de 14 de noviembre de 1961 que extendía el ámbito competencial a aquellos casos en que la empresa fuera de ámbito nacional.

sindical¹⁰⁶. En concreto, tres serán los informes a solicitar¹⁰⁷: (i) el de la jefatura o servicio técnico provincial relacionado con la actividad de la empresa, (ii) el de la organización sindical y (iii) el de la inspección de trabajo.

Con posterioridad a la emisión de los citados informes, la situación empresarial sería objeto de un cuádruple análisis:¹⁰⁸

a.-) Análisis financiero y económico, siendo preciso ordenar las cuentas de activo y pasivo según criterios de liquidez y exigibilidad decrecientes.

b.-) Análisis de la producción y todo lo referido a carteras de pedidos y stock.

Este análisis se llevaba a cabo por medio de una relación de productos fabricados por años y los precios de producción tanto de lo vendido como de lo almacenado.

c.-) Análisis de la ocupación, y consiguientemente, de todos aquellos datos relacionados con el factor humano (antigüedad, edad, sexo).

d.-) Análisis de los costes y precios.

Por otro lado, y tal como determinaría el art. 3 *in fine* del Decreto de 1944, si iniciado el mencionado expediente, *"en el plazo de 20 días hábiles no se hubiera dictado la pertinente resolución, se presumirá que se accede en todos sus términos a todo lo solicitado por el empresario"*. Esto supone, la primera manifestación temporal del silencio positivo o estimación presunta de la solicitud empresarial por silencio de la Administración, significativa nota que informará la posterior evolución el mencionado instituto.

¹⁰⁶ Art 3 *in fine*

¹⁰⁷ Art 23 de la Orden de 14 de noviembre de 1961.

¹⁰⁸ DRAPER MATHÉU, J. (1970,160).

El trámite resolutorio, por su parte, vendría determinado por la caracterización general de la mencionada resolución desde el plano formal y material. El primero de los planos apuntados viene referido a la naturaleza jurídica del acto en cuestión. Se trata, en efecto, y no por obvio dejaremos de reseñarlo, de un acto administrativo, de un acto que adopta formalmente la categoría de autorización administrativa; esto es, una declaración de voluntad con la que un sujeto u órgano de la Administración Pública remueve un obstáculo en aras de facultar el ejercicio de un derecho preexistente, correspondiéndose con aquella tipología de autorizaciones administrativas que presuponen una actividad discrecional¹⁰⁹ y ponderativa, tendente a valorar la oportunidad en el ejercicio de un derecho mediante una decisión motivada¹¹⁰. Por otro lado, se califica como un acto contra el que cabe ulterior recurso, a diferencia de aquellos actos administrativos que causan estado y no son susceptibles de ulterior recurso¹¹¹. Así, la posibilidad de recurrir la decisión administrativa adoptada por la delegación provincial de trabajo o, en primera instancia, por la Dirección General de Trabajo vendría expresamente consignada en el art. 4 del mencionado Decreto, del siguiente tenor literal: *"Contra las resoluciones que en esta materia adopten las Delegaciones, podrá recurrirse ante la Dirección General de Trabajo, en el plazo de ocho días, contados desde la notificación del acuerdo, y este resolverá en el de quince, como máximo, debiendo solicitar preceptivamente informe del Ministerio de Industria y Comercio. Contra estas resoluciones no cabe recurso alguno. Contra los fallos de la Dirección General de Trabajo, cuando conozca de los expedientes en primera instancia, sólo cabra recurso ante el ministro del Departamento (...)"*

¹⁰⁹ "(...) la sana e indispensable discrecionalidad administrativa para en virtud de ella apreciar las circunstancias concurrentes (...) STS de 31 de mayo de 1966.

¹¹⁰ Así lo había señalado con anterioridad la resolución de 9 de mayo de 1941 al exigir la necesaria motivación para que el interesado pueda conocerlas causas que fundamenten una hipotética impugnación.

¹¹¹ SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J.M. (1970,174).

Desde el plano material anteriormente referido, el concreto contenido del acto administrativo podía venir informado por las siguientes opciones: (i) denegar la autorización, (ii) conceder la autorización o (iii) autorizar la adopción de decisiones menos traumáticas¹¹².

El primero de los casos vendría determinado por la inexistencia de aquellos elementos de inexcusable concurrencia en la valoración realizada por la Administración. Ejemplifica la anterior afirmación, la resolución de 9 de junio de 1969¹¹³, que denegó la pertinente autorización sobre la base de un razonamiento fundamentado en la necesaria falta de trabajo, la sensible disminución del mismo que pueda impedir el normal ejercicio de su actividad y la crisis económica o financiera que, en su caso, impidiera atender las obligaciones de todo orden.

La segunda de las posibilidades sería la de conceder la autorización ante aquellas situaciones tales como la existencia de una "economía empresarial con escasas posibilidades de saneamiento" (Resolución de 12 de julio de 1969) "supuesto que la mala situación económica sea irremediable" (11 de febrero de 1969) o en aquellos casos, en que exista una grave repercusión propiciada por la "disminución en el volumen de ventas" (29 de mayo de 1968)¹¹⁴. Es posible sistematizar la necesaria concurrencia de una crisis cierta y objetiva¹¹⁵ mediante los siguientes elementos.

.- La ruptura del equilibrio prestacional entre trabajo y producción y producción y consumo.

.- El efecto de la precitada ruptura habría de referirse a la concurrencia de un hecho sobrevenido, ni buscado ni perseguido por el empresario.

¹¹² Incluso aunque no se solicitasen, Art 29 de la OM de 14 de noviembre de 1961.

¹¹³ SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J.M. (1970,186).

¹¹⁴ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. (1970,147).

¹¹⁵ DRAPER MATHÉU, J. (1970,161).

.- La excesiva onerosidad de la prestación.

La tercera y última de las posibilidades era la de conceder o denegar otras autorizaciones hayan sido pedidas o no, de forma alternativa por el empresario¹¹⁶, bien sea la suspensión de los contratos de trabajo¹¹⁷, bien la reducción de jornadas o días de labor¹¹⁸, sin que en estos casos la empresa pudiera alegar incongruencia en la resolución.¹¹⁹ Semejante posición sería avalada por la Orden 9 de marzo de 1960 que, en su art. 13.2 a) disponía que la resolución del delegado de trabajo podía denegar o acceder en su totalidad o, sólo en parte, el plan de reducciones propuesto¹²⁰.

1.2.2.2. Precisiones conceptuales en torno a las consecuencias de la declaración administrativa.

Tal y como se ha referido, dos son las consecuencias que derivan de la resolución del procedimiento administrativo tramitado ante la autoridad laboral, dependiendo, claro está, del sino final que adopte la mencionada resolución.

¹¹⁶ MONTOYA MELGAR, A. (1970, 155).

¹¹⁷ Por un plazo máximo de un año según dispuso el Art. 12 de la Orden 5 de mayo de 1967 por la que se establecen las normas para aplicación y desarrollo de las prestaciones por desempleo en el régimen general de la Seguridad Social.

¹¹⁸ Al amparo de lo previsto en el Art 80 de la LCT de 1944 que disponía " El contrato de trabajo podrá ser suspendido temporalmente por causa no prevista ni imputable al empresario cuando existan motivos fundados, a juicio de las Delegación de Trabajo o de la Dirección General de Trabajo, según se trate de industria provincial o nacional".

¹¹⁹ SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J.M. (1970,192).

¹²⁰ Con anterioridad a la aprobación de la mencionada Orden no era ésta la opinión de nuestra doctrina. Así se entendía que el sentido de la resolución venía delimitada por una doble opción, la concesión o la denegación de la meritada autorización, sin que pudiera ir más allá decretando una posible modificación o suspensión de las condiciones de trabajo ante una previa petición de cese. En efecto, la iniciativa empresarial debía concretar las medidas a solicitar, sin que una vez solicitadas pudiera la Administración cambiar el sino de lo previamente requerido, pues ello equivaldría a sustituir la iniciativa del empresario que debe ser el que adopte la decisión sobre la extensión e intensidad de la decisión a adoptar. Así expuesto por ALONSO OLEA, M. (1970, 85).

En primer lugar, la Administración podrá denegar la autorización a las medidas extintivas pretendidas por el empresario, bien por entender, dentro del margen de discrecionalidad en el que se inserta la actuación de la Administración, que no ha quedado definitiva y objetivamente acreditada la situación de crisis, o bien por ser la consecuencia que debe llevar aparejada la situación de inactividad. En estos casos, los despidos adoptados sin el necesario respaldo administrativo producirán la nulidad automática de la medida en cuestión. No era otra la consecuencia que se desprendía del tenor literal del art. 116 de la LPL¹²¹.

La segunda de las alternativas era la concesión de autorización a las medidas extintivas solicitadas por el empresario. El efecto de dicha autorización admitía su desdoblamiento en: (i) un plano propiamente extintivo, (ii) un plano indemnizatorio y (iii) en el de impugnaciones y recursos contra la decisión administrativa.

En este orden de consideraciones y comenzando con el primero de los planos, ha existido tradicionalmente un consenso doctrinal, reforzado por una exégesis de la normativa de aplicación, en entender que la actuación propiamente administrativa se agotaba en el acto autorizador, en la remoción de un obstáculo previo que imposibilitaba la adopción de una medida empresarial como la pretendida, sin que dicho acto extinguiera *per se* los vínculos contractuales. Dicha opción interpretativa no ofreció a los comentaristas de la época duda alguna. Entre todos los argumentos, cabría resaltar por su contundencia el derivado de la literalidad del art. 1, que señalaba que "*(...) para dar por suspendidas o extinguidas, según los casos, sus relaciones laborales con el personal, habrá de obtener la previa autorización(...)*", junto con el de la propia distinción técnico-jurídica¹²² entre el despido como acto unilateral resolutorio del empresario, y los actos de

¹²¹ Decreto 909/1966, de 21 de Abril por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. Previamente y en idéntico sentido OM de 23 de abril de 1947.

¹²² MONTOYA MELGAR, A. (1970,156).

resolución administrativa o judicial, siendo ciertamente atribuible sólo al empresario la decisión extintiva. La Administración, pues, no resolvía contrato alguno, ni producía alteración alguna en los mismos; se limitaba a permitir las consabidas extinciones, suspensiones o modificaciones¹²³.

El plano indemnizatorio vendría configurado por la delimitación establecida en el art. 5 del Decreto de 26 de enero de 1944, a tenor del cual, *"una vez firme la resolución, quedará a salvo el derecho de aquellos a percibir una indemnización que fijará el Magistrado de Trabajo y que no podrá ser inferior a quince días, ni exceder del importe de un año de sueldo o jornal"* en relación con el art. 6 según el cual, *"en todo caso, los Magistrados de Trabajo, para hacer uso del amplio arbitrio concedido en cuanto a la fijación de la indemnización correspondiente, tendrán en cuenta el grado de voluntariedad en el cese de la empresa, los beneficios y pérdidas de la misma durante los cuatro trimestres anteriores, la situación de crisis de colocación de los trabajadores que cesaron y las cargas familiares de cada uno de ellos"*.

La temática indemnizatoria, cuyo soporte sustantivo vendría dado, junto con los preceptos transcritos, por el art. 81 de la LCT, adquirirá una notable complejidad tanto en la fijación del *quantum* indemnizatorio como en la iniciación del propio procedimiento en orden a la obtención de la indemnización.

Por lo que se refiere a este último extremo, dos son las posibilidades contempladas en el Decreto y que, en todo caso, conducía a afirmar el carácter imperativo de las indemnizaciones a percibir¹²⁴.

La primera de las posibilidades de iniciación tendría a la Administración como sujeto protagonista. Así, *"(...) las Delegaciones de Trabajo dentro del plazo de diez días contados a partir de la fecha en que quedare firme la resolución*

¹²³ MONTOYA MELGAR, A. (1970,83).

¹²⁴ BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, L. (1945, 68).

*que acuerde tales medidas, remitirá copia certificada de la misma a la Magistratura de Trabajo competente, organismo que acusará recibo dentro del tercer día y tramitará de oficio el procedimiento (...)*¹²⁵, previéndose que, en el caso de conocer la Dirección General de Trabajo de la petición autorizadora en primera instancia, se remitiría la mencionada copia resolutoria a la Dirección General de la Jurisdicción del Trabajo para que ésta procediera a dar curso de la misma a la Magistratura, siendo por tanto perfectamente posible la terminación del procedimiento por sentencia aunque el demandante no haya comparecido, ni se haya constituido como parte¹²⁶. Esta situación se plantearía de seguirse la segunda vía de iniciación, específicamente prevista en el inicio del precepto transcrito ("*sin perjuicio de ser ejercitados estos derechos por los propios trabajadores interesados en el cese...*") en relación con la especificidad acumulativa prevista en el siguiente de los preceptos, debiendo por ello acumularse de oficio las demandas interpuestas por los trabajadores con anterioridad a dictarse sentencia por la Magistratura de Trabajo.

El segundo de los aspectos anteriormente reseñados, la fijación de la cuantía indemnizatoria, exigía ponderar los límites específicos a través de los cuales se desarrollaba el denominado arbitrio judicial, delimitación que, de acuerdo a la exégesis que proporciona el propio precepto, se concretaba en cuatro elementos: voluntariedad en el cese, pérdidas de la empresa durante los cuatro trimestres anteriores, facilidades en la colocación de los trabajadores afectados y, finalmente, cargas familiares de cada uno de ellos. Todo ello permitía al Magistrado establecer la correspondiente indemnización, para lo cual, y desde el plano cuantitativo, el art. 5 proporcionaba los márgenes de dicha valoración, ("*que no podrá ser inferior a quince días, ni exceder del año de sueldo o jornal*"), no existiendo posibilidad alguna de impugnar las

¹²⁵ Artículo 7 del Decreto.

¹²⁶ ALONSO OLEA, M. (1957, 89).

resoluciones de la Magistratura de Trabajo que fijasen la concreta indemnización¹²⁷.

Si bien las cuestiones que se acaban de referir aparecen alumbradas por un alto consenso doctrinal, las dificultades interpretativas en la temática analizada vienen dadas por las posibilidades de conjugar o, en sentido contrario, excluir las consecuencias indemnizatorias previstas en los dos principales instrumentos analizados; el reseñado art. 6 del Decreto 26 de enero de 1944 y el art. 81 de la LCT de ese mismo año. Efectivamente, entre los tratadistas de la época existió ciertamente una importante divergencia a la hora de analizar las posibilidades de integrar ambos preceptos.

Un sector doctrinal¹²⁸ declaró la preferencia aplicativa del Decreto basándose en un cuestionable principio de especialidad, al entender que el art. 81 de la ley debía considerarse derogado al regular el Decreto de manera específica y concreta la materia de los ceses en las actividades industriales y, singularmente, las consecuencias jurídicas e indemnizatorias de los mismos, por lo que sus efectos indemnizatorios debían entenderse plenamente aplicables.

Otros autores¹²⁹ defendieron, sin embargo, la plena compatibilidad de ambos preceptos bajo el entendimiento de no existir colisión aplicativa alguna o, dicho con otras palabras, de tratarse de ámbitos de regulación completamente diferenciados, quedando residenciada la aplicabilidad del art. 81 de la LCT, y las consecuencias indemnizatorias en él previstas¹³⁰, para los casos en los que el despido fuera autorizado administrativamente y, por lo tanto, se tratara de un despido plenamente justificado.

¹²⁷ En estos términos se manifiestan las STS de 2 de marzo de 1946 o la STCT de 11 de febrero de 1957.

¹²⁸ BENÍTEZ DE LUGO Y REYMUNDO, L. (1945, 687).

¹²⁹ ALONSO OLEA, M. (1957,88).

¹³⁰ Salarios correspondientes al plazo de preaviso de acuerdo a lo establecido en las reglamentaciones de trabajo o, en su defecto, en la costumbre del lugar.

Finalmente, en cuanto a las posibilidades impugnatorias existentes, cabía realizar una doble diferenciación entre las posibilidades que se presentaban a la hora de combatir la resolución dictada por la Administración.

En el primero de los casos, y pese al tenor literal del art. 4 del referido Decreto, que parecía cerrar las posibilidades impugnatorias (*"contra las resoluciones que en esta materia adopten las delegaciones, podrá recurrirse ante la Dirección General de Trabajo, en el plazo de ocho días (...). Contra estas resoluciones no habrá recurso alguno"*) y algún pronunciamiento judicial en tal sentido,¹³¹ se acabó concluyendo en torno a la plena recurribilidad ante la jurisdicción contencioso administrativa de aquellos actos administrativos que previamente hubieran agotado la vía administrativa.

Esta imposibilidad de recurrir sería la nota caracterizadora de la resolución de la Magistratura de Trabajo fijando la concreta cuantía indemnizatoria,¹³² pero existiendo, no obstante, la posibilidad de impugnar aquellas decisiones en las que el Magistrado fijase unas concretas indemnizaciones por debajo de los límites legales¹³³.

1.2.3. El Decreto 3090/1972 de 2 de septiembre, sobre política de empleo. Principales novedades en la regulación jurídico positiva de los procedimientos de regulación de empleo.

La aproximación histórica que está siendo objeto de análisis en el presente capítulo encuentra su siguiente punto de apoyatura en el Decreto 3090/1972, cuyo examen no debe entenderse como un hito más en la evolución

¹³¹ STS 3.01.1958" lo referente a conflictos entre sus trabajadores y una empresa derivadas de la interpretación y cumplimiento de los contratos de trabajo, ya corresponda a la Magistratura de Trabajo ya al mismo Ministerio o a sus órganos cuando éste en plano superior al de las partes en litigio tiene atribuida por la Ley competencia para resolver el conflicto" referida por MONTOYA MELGAR, A. (1970,84).

¹³² En este sentido la STS 1.03.1955 volvería a recordar que el Magistrado de Trabajo a su prudente criterio y arbitrio tenía la facultad para fijar la correspondiente indemnización.

¹³³ ALONSO OLEA, M. (1957,88).

analizada, sino por su destacada importancia en la configuración final, en sentido amplio, del régimen de regulación de empleo, en la medida en que se establecerían *"las normas necesarias para regular las garantías aplicables en los casos de extinción, suspensión o modificación de la relación jurídico-laboral y de las condiciones laborales, fundadas en causas tecnológicas y económicas"*¹³⁴.

La referida importancia viene residenciada no sólo en la necesidad de sistematizar el conglomerado de disposiciones normativas que siguieron al Decreto de 1944,¹³⁵ sino en la novedad introducida en la descripción tipológica de las diversas causas fundamentadoras del expediente de crisis. En efecto, la referencia a las crisis laborales contempladas en el Decreto de 1944, posteriormente matizada en forma de crisis económica (Decreto de 21 de febrero de 1963), sería sustituida por la reseñada causa económica o tecnológica (art. 7 del Decreto 3070/1972). De esta forma, el Título II del referido Decreto titulado *"De la extinción, suspensión, modificación de la relación jurídico-laboral por causas tecnológicas o económicas y de la regulación sectorial de empleo"*, acogió la nueva motivación causal enumerada de la siguiente forma: *"la extinción o la suspensión de la relación jurídico-laboral de los trabajadores fijos fundada en causas tecnológicas o económicas, la modificación de las condiciones de trabajo y la regulación sectorial de empleo (...)"*, señalando nuevamente el necesario sometimiento de toda iniciativa reestructuradora a la autorización *"de los organismos competentes del Ministerio de Trabajo"*, desdoblándose el ámbito competencial entre la Delegación de Trabajo de la Provincia donde radique la empresa, y la propia Dirección General de Trabajo en aquellos casos en que la resolución pudiera afectar a más de cien trabajadores, se trate de una

¹³⁴ Exposición de motivos BOE 15 de noviembre de 1972, núm. 274.

¹³⁵ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A. (1994, 78).

empresa de ámbito nacional o la medida tenga especial trascendencia social¹³⁶.

En orden a la interpretación del sustento causal fundamentado sobre la concurrencia de una causa tecnológica, la administración laboral exigiría una disonancia entre las innovaciones llevadas a cabo y las concretas necesidades de personal, ejemplificando la interpretación causal la resolución de 30 de septiembre de 1981, que entendió el mencionado presupuesto de la siguiente forma: "*para apreciar la causa tecnológica suficiente se requiere la existencia de una relación causal, inmediata y directa, entre las modificaciones tecnológicas y las necesidades de personal; y que tales modificaciones o innovaciones tecnológicas no sólo resulten necesarias para adaptar el proceso productivo – de tal modo que asegure la continuidad de la empresa-, sino también que las medidas reestructuradoras sean las adecuadas a los fines perseguidos*" o, en definitiva, "*la obsolescencia de unos medios de producción en relación a unos puestos de trabajo, al devenir ineficaces a causa del progreso científico-tecnológico de dichos medios de producción*"¹³⁷

Ahora bien las principales novedades del Decreto 3090/1972 vendrían dadas por las posibilidades en la iniciación del expediente y por el sentido que debía otorgarse al silencio administrativo.

Por lo que se refiere a la primera de las novedades, el art. 11 previó que, junto a la inicial legitimidad empresarial, pudiera iniciarse el expediente de crisis por los trabajadores afectados, a través de la organización sindical o, incluso, de oficio por la propia Administración, esto es, por las Delegaciones de Trabajo o la Delegación General de Trabajo "*si, por el incumplimiento de la empresa de las obligaciones con sus trabajadores o por concurrir cualquier*

¹³⁶ Artículo 10 in fine.

¹³⁷ Resoluciones de 30 de septiembre de 1981 (Rec. núm. 622/81) y 17 de febrero de 1981 (Rec. núm. 906/80) citadas en GARCÍA TENA, J. y ALARCÓN BEIRA, F. (1984, 52).

otra causa justificada, puede presumirse fundadamente la existencia de una situación de crisis". Previsión esta última inicialmente contemplada en la OM de 5 de mayo de 1967 sobre prestaciones de desempleo y desarrollada con una mayor intensidad por el Decreto comentado. En cualquier caso, tal y como ha sido puesto de manifiesto, se trataba de un sistema escasamente lógico, no pareciendo apropiado que un mismo órgano iniciara y resolviera el expediente, ante la posibilidad que en buena medida se estuviera prejuzgado el contenido de la propia resolución¹³⁸.

En cuanto al sentido que debía otorgarse al silencio administrativo, el art. 16 no parecía dejar lugar a duda alguna. De esta forma *"se presumirá denegada la petición deducida ante la autoridad competente una vez transcurridos treinta días hábiles, contados a partir de la fecha en que la solicitud hubiese tenido entrada en el registro, sin que por la misma se hubiese dictado la resolución correspondiente"*, manifestación negativa del silencio que contrarrestaba con la regulación anterior.

1.2.4. La configuración final del procedimiento de regulación de empleo en la etapa preconstitucional. La Ley 16/76, de 8 de Abril, de Relaciones Laborales y el Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo.

La Ley de Relaciones Laborales 16/1976 de 8 de abril,¹³⁹ vino caracterizada, de acuerdo a la doctrina de la época, en derredor de tres grandes notas: ampliación del ámbito sobre el que se proyectaría la normativa laboral, su tendencia codificadora y, por último, el deseo de mejorar las condiciones de trabajo¹⁴⁰. Si bien es cierto que la temática analizada no experimentaría modificaciones sustanciales¹⁴¹, sí existen determinadas cuestiones de índole

¹³⁸ Entre otros DEL VALLE, J. (1996, 206).

¹³⁹ Boletín Oficial del Estado del día 21 de abril de 1976.

¹⁴⁰ En este sentido BAYÓN CHACÓN, G. (1977, 30).

¹⁴¹ En expresión de DEL VALLE, J. (1996, 211).

“accesoria” en las que conviene detenerse, cuestiones que vendrían detalladas en los arts. 18 y 21 de la meritada ley.

En orden a su adecuado análisis y ponderación, centraremos nuestro examen en aquellos elementos en los que la ley se pronunciaba de forma auténticamente novedosa, concluyente o, en definitiva, que presentan indudable interés en la futura evolución de la presente temática. En concreto, nos detendremos en: (i) la necesidad y alcance de los informes a emitir durante la tramitación del referido expediente, (ii) la materia indemnizatoria y la consolidación de la intervención de la Administración en esta materia y, por último, (iii) en la necesaria y clarificadora sustanciación del expediente de crisis en supuestos de fuerza mayor.

Señalaba el art. 18 que: *“la suspensión y, en su caso, la extinción de las relaciones individuales de trabajo fundadas en causas tecnológicas o económicas, así como las modificaciones sustanciales de su contenido, requerirán la previa autorización del Ministerio de Trabajo, precedida del trámite legal que proceda, en el que se recabará siempre el informe previo de la Organización Sindical y, del jurado de empresa o de los enlaces sindicales cuando no exista jurado”*. La tramitación del expediente contemplaba el necesario trámite de audiencia a los representantes sindicales, trámite que, pese a no estar expresamente previsto ni en el Decreto ni en la OM de 18 de diciembre de 1972, era habitual pedirlo en la tramitación de estos expedientes¹⁴², en consonancia con la necesidad de presentar obligatoriamente copia certificada del libro de actas en el jurado de empresa. Se produce de esta forma una cierta recuperación en la intervención de los representantes de los trabajadores durante la tramitación del expediente¹⁴³, intervención que, durante la etapa franquista, había sido

¹⁴² BARRIONUEVO PEÑA, J. (1970,452).

¹⁴³ CRUZ VILLALÓN, J. (2009, 24).

relegada en aras de un protagonismo prácticamente exclusivo de la Administración.

La segunda de las cuestiones anteriormente apuntadas viene determinada, en sentido amplio, por la materia propiamente indemnizatoria. Así, la empresa, en cualquier momento de la tramitación, podía formular la indemnización correspondiente, pudiendo la autoridad laboral aceptar dicha propuesta. Mientras que si la indemnización no fuera fijada o, en su caso, fuera recurrida, correspondería a la Magistratura de Trabajo su consiguiente determinación.

Conviene, no obstante, destacar en la mencionada redacción los aspectos propiamente novedosos de aquellos otros que, si bien reforzados, aparecían en instrumentos reguladores precedentes. Así, la auténtica novedad¹⁴⁴ vendría dada por el papel de la Magistratura de Trabajo, que determinaría definitivamente el *quantum* indemnizatorio en aquellos casos en que el mismo fuese recurrido por alguno de los trabajadores potencialmente afectados, quedando limitadas sus funciones a la intervención decisoria en aquellos casos en que no se fijase indemnización alguna o esta fuese efectivamente recurrida¹⁴⁵.

Por el contrario, no se configuraría propiamente como novedosa la intervención de la autoridad laboral en aquellos casos en los que la indemnización ofertada por la empresa resultase inferior al mínimo legal. En efecto, los arts. 14 y 15 del Decreto de 15 de noviembre de 1972 habían establecido respectivamente dicha posibilidad al señalar que: "*al tiempo de promoverse el expediente o en cualquier momento de su tramitación podrán las empresas interesadas formular ofertas de indemnización (...)*" o "*(...) la autoridad laboral competente (...) dictará resolución sobre todas las cuestiones en él empleadas, incluso, si las hubiere, sobre las ofertas de*

¹⁴⁴ BARRIONUEVO PEÑA, J. (1970, 452).

¹⁴⁵ DEL VALLE, J. M. (1996, 212).

indemnización que se hubiese propuesto por las empresas, siempre que estas resulten superiores al máximo previsto en la ley de procedimiento laboral”.

El último de los aspectos a destacar vendría dado por la necesaria sustanciación de un expediente administrativo en los supuestos de fuerza mayor. En efecto, la ley comentada pone fin a la polémica exigencia de tramitar un expediente de crisis en este tipo de situaciones. Polémica iniciada al amparo del decreto de 26 de enero de 1944 y continuada por el Decreto sobre Política de empleo de 2 de noviembre de 1972 que, recordemos, tan sólo referenciaba de forma expresa dentro de la tipología causal iniciadora del mismo los supuestos basados en causas económicas y tecnológicas.

Pues bien, la LRL de 1976 zanjó definitivamente dicha polémica, al concluir de forma determinante en su art. 20 que: *“la imposibilidad de trabajar en la empresa, sobrevenida como consecuencia de fuerza mayor, reconocida por la autoridad laboral mediante expediente de regulación de empleo constituye causa de extinción o, en su caso, de suspensión de la relación de trabajo,* estableciendo ciertas peculiaridades en cuanto al consiguiente abono de las indemnizaciones que correspondería a los trabajadores afectados, posibilitando en este punto la posibilidad de exonerar el abono de los salarios de tramitación y de las indemnizaciones a percibir en caso de extinción o suspensión de la relación laboral y, ello sin perjuicio de la protección que corresponda a los trabajadores en caso de desempleo, tal y como el propio precepto se encargaba de recordar. Esta plasmación legal, en definitiva, solucionaría de forma concluyente la controvertida cuestión de la necesaria sustanciación del procedimiento administrativo en caso de fuerza mayor, estableciendo la intervención administrativa en clave autorizadora y con carácter previo a la decisión que finalmente se hubiera de emitir.¹⁴⁶

¹⁴⁶A diferencia del proyecto de ley de relaciones laborales enviado por el gobierno a las cortes que aludía a una intervención a posteriori (*“la imposibilidad de trabajar en la empresa, sobrevenida como consecuencia de la fuerza mayor, constituye una causa de extinción, en su caso, de suspensión de la relación laboral, sin perjuicio de*

Por su parte, el Real Decreto Ley 17/1977 de 4 de marzo se configuraría como última pieza en el *iter* legislativo pre-estatutario con indudable relevancia a los efectos analizados. Efectivamente, con el mencionado instrumento se incluyó un elemento cuantitativo en la configuración del despido colectivo,¹⁴⁷ en la medida en que se excluyó la necesidad de acudir al procedimiento de regulación de empleo en los supuestos de amortización individual de un puesto de trabajo.¹⁴⁸ Y ello, cuando no procediera utilizar el trabajador afectado en otras tareas. La importancia de lo descrito se muestra con evidencia, pues se introduce por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico-laboral un desdoblamiento procedimental según el número de trabajadores afectados. Como añadido, se estableció el carácter preceptivo del informe de la representación de los trabajadores en la empresa, así como la posibilidad de acuerdo mediante pacto final entre el empresario y los trabajadores¹⁴⁹.

El mencionado RDL marca, en definitiva, el inicio de la doble intervención caracterizadora de los despidos colectivos. De un lado, la intervención de los representantes de los trabajadores y, de otro, la intervención propiamente administrativa. Con este sistema de doble intervención se pretendía *"dotar de una mayor flexibilidad a la regulación del supuesto extintivo del contrato de trabajo consistente en la cesación de industria, comercio, o servicio de forma definitiva, fundada en causas económicas o tecnológicas"*¹⁵⁰. Así, el art. 45 dispuso que *"en los expedientes de reestructuración de plantillas será únicamente preceptivo el informe de la representación de los trabajadores en el seno de la empresa (...)"* o *"la extinción de las relaciones de trabajo fundadas en causas tecnológicas y económicas podrán tener lugar por pacto*

la intervención homologadora de la autoridad laboral"), tal y como ha recordado en este punto BARRIONUEVO PEÑA, J. (1970,458).

¹⁴⁷ DESDENTADO DAROCA, E. (1994, 3).

¹⁴⁸ Si bien hay quien entendió que se permitiría la amortización de más de una plaza siempre que se acredite objetivamente y los afectados no se constituyan en un conjunto. De esta forma, DE LA FUENTE GONZÁLEZ, E. y LINARES LORENTE, J.A. (1980,197).

¹⁴⁹ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A. (1994, 79).

¹⁵⁰ VALDÉS DAL - RE, F. (1994, 2).

entre empresario y trabajadores afectados, que habrá de ponerse en conocimiento de la autoridad laboral quien podrá sin más trámite autorizar la suspensión o reducción pretendida o bien determinar que siga el procedimiento reglamentariamente establecido”.

En cambio, se eliminó el preceptivo informe de la inspección de trabajo, supresión fuertemente criticada por la doctrina de la época, en la medida en que se sustraía a los trabajadores una de los instrumentos que podían garantizar la ausencia de arbitrariedad de la medida colectiva llevada a cabo por el empresario¹⁵¹.

1.3. LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL MARCO CONSTITUCIONAL.

1.3.1. Singularidades de la Ley de 10 de Marzo de 1980 del Estatuto de los Trabajadores y del RD 696/1980 complementador.

La aprobación del Estatuto de los Trabajadores el 10 de marzo de 1980¹⁵² supuso, en lo sustancial y con anterioridad a la reforma operada en 2012, la última de las etapas en la evolución legislativa y sustantiva de los procedimientos de regulación de empleo. Con la aprobación de la mencionada ley, la normativa de los expedientes de regulación de empleo vendría delimitada, en el plano regulador, por los arts. 47 a 51 del Estatuto de los Trabajadores, así como por el RD 696/1980, de 14 de abril, que derogó expresamente el Decreto sobre Política de empleo de 1972. Sin grandes modificaciones en el plano procedimental, el texto estatutario seguiría estableciendo la obligación de obtener una previa autorización administrativa en aquellos despidos que venían motivados por causas económicas y

¹⁵¹ DE LA VILLA GIL, L.E. (1977, 74).

¹⁵² BOE 14 de Marzo de 1980.

tecnológicas, excluyéndose únicamente la amortización de puestos de trabajo individualizados en empresas que no superasen los 50 trabajadores.

En el ámbito de la procedimentalización administrativa, el texto estatutario preveía una doble posibilidad iniciadora. Así, en el artículo 51.2 se señalaba, por una parte, que, *"la extinción de las relaciones de trabajo fundada en causas económicas, o en motivos tecnológicos deberá ser autorizada por la autoridad competente a petición del empresario interesado"* y, por otra, en el párrafo siguiente se completaba la posibilidad de iniciación empresarial con la de los trabajadores, a través de sus representantes, *"si racionalmente se presumiera que la no incoación del expediente por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación"*.

En relación con esta doble vía de iniciación y, en concreto, con la iniciación por los trabajadores, conviene traer a colación la resolución de 27 de junio de 1982 donde se señalaba, en consonancia con la previsión estatutaria, que: *"los trabajadores están legitimados para presentar expediente de regulación de empleo en solicitud de resolución de contratos, en evitación de perjuicios de difícil o imposible reparación, como los que podría darse en caso de quiebra y desaparición de la empresa"*¹⁵³.

Desde una perspectiva general, conviene destacar la consolidación de este procedimiento colectivo administrativo en la propia configuración de los procedimientos de regulación de empleo, reflejándose en el momento inicial, al estatuir la obligación empresarial de comunicar a los representantes legales de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del periodo de consultas¹⁵⁴. No obstante y a tenor de lo dispuesto en la primera versión estatutaria, deberían considerarse momentos diferenciados, desde un plano temporal, la remisión de la documentación y el inicio concreto del periodo de

¹⁵³ Recurso 540/1982

¹⁵⁴ Art. 10 del Real Decreto 696/1980.

consultas y su discusión, sin que se indicase en el RD el periodo de tiempo que debe mediar entre los mismos¹⁵⁵.

En cuanto a los potenciales destinatarios de la comunicación y de la documentación que debía acompañar a la misma, es posible efectuar una triple diferenciación: los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, bien de todos los centros de trabajo en los que hubiese representación o bien al propio comité intercentros en el caso de existir.¹⁵⁶ La segunda opción sería la de efectuar la mencionada comunicación a los representantes sindicales y en última instancia a los propios trabajadores afectados.

A esta primera comunicación escrita debía acompañarse la documentación reseñada en el artículo 13 del RD así como los informes de la entidad gestora de la prestación de desempleo, del censor jurado de cuentas y del comité de empresa o delegados de personal, debiendo acompañarse, junto a la documentación propiamente económica y a la memoria explicativa de la situación económico-financiera, la relación de "la totalidad de los trabajadores del centro o centros afectados por el expediente, con expresión del nombre y apellidos, fecha y lugar de nacimiento, especialidad y grupo profesional, fecha de ingreso en la Empresa, sueldo mensual y si ostenta la condición de representante legal de los trabajadores".

La mencionada fase de consultas podía, como es dable entender, terminar con o sin acuerdo. En el primero de los casos, se comunicaba a la autoridad laboral que en el plazo de 15 determinaría la extinción de los contratos, con el sólo requisito de oír a la entidad gestora de la prestación de desempleo. Se producía, por tanto, la reducción de la discrecionalidad de la autoridad laboral en la hipótesis de acuerdo entre la dirección de la empresa y la representación colectiva de los trabajadores sin poder, tal y como se ha apuntado, continuar

¹⁵⁵ ALBIOL MONTESINOS, I. (1991, 121).

¹⁵⁶ GARCÍA TENA, J. (1981,118).

el procedimiento, de tal forma que se dictase una resolución autónoma respecto al sentido con el que hubiera terminado la fase de consultas¹⁵⁷. Tan sólo cuando se apreciase dolo, coacción o abuso de derecho, se pondría en conocimiento de la autoridad laboral a efectos de nulidad y, en consecuencia, dicho acuerdo carecía de virtualidad hasta que la autoridad laboral se pronunciase sobre la validez o no del mismo¹⁵⁸.

En caso contrario, de existir desacuerdo entre las partes, la autoridad laboral recabaría los informes de la inspección de trabajo y de los organismos públicos correspondientes y resolvería en un plazo de 15 días, teniendo el silencio un efecto positivo. A la Administración, en estos casos, se le confería un margen de suma discrecionalidad para determinar si las medidas propuestas se adecuaban y resultaban necesarias para superar la situación de crisis,¹⁵⁹ pudiendo, en cualquier caso, y de acuerdo al tenor literal del art. 13, "(...) *proponer o acordar otro tipo de medidas distintas a las solicitadas aún no habiendo sido propuestas por las partes*". Ahora bien, lo transcrito exige dos precisiones.

En primer lugar, en clave de congruencia, pues efectivamente ésta no resulta contrariada por la adopción por parte de la autoridad laboral de otro tipo de medidas que puedan resultar eficaces y consecuentes con la previa situación de hecho que ha sido objeto de valoración y ponderación. Así, "*como ha venido declarando reiteradamente la Dirección General de Empleo y la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, la autoridad laboral es competente, dentro de una sana discrecionalidad, para mejor apreciar la existencia de crisis y de su alcance, y ponderar qué medidas resultan más beneficiosas en orden a su superación*"¹⁶⁰o, tal y como dispone con notable rotundidad la resolución de la Dirección General de Empleo de 26 de

¹⁵⁷ CRUZ VILLALÓN, J. (2009, 24).

¹⁵⁸ GARCÍA TENA, J. (1984, 217).

¹⁵⁹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (1993,166).

¹⁶⁰ Resolución de 4 de junio de 1980 (Rec 99/80) citado por GARCÍA TENA, J. y ALARCÓN BEIRA, F. (1984, 188).

noviembre de 1980, *"En el Estatuto de los Trabajadores (arts. 47 y 51) y Real Decreto 696/1980, de 14 de abril, que lo desarrollaba, se consagra legalmente el principio de discrecionalidad de la Administración, al disponer en el párrafo 2º del art.15 que la autoridad laboral podrá proponer o acordar otro tipo de medidas distintas de las solicitadas, siempre que las propuestas, como aquí sucede, de algún modo afecten al normal desenvolvimiento del contrato de trabajo, siendo por consiguiente, perfectamente factible que solicitada la autorización para suspender las relaciones laborales por un periodo de tiempo determinado, dicha solicitud pueda ser alterada por la autoridad laboral"*.¹⁶¹ Es decir, no implica incongruencia alguna con relación a lo solicitado, por cuanto, en realidad, se concede menos de lo pedido y no algo distinto.¹⁶²

En segundo lugar, en cuanto al carácter extintivo de la resolución emitida por la autoridad laboral, resultando discutible si ésta extinguía *per se* los contratos de trabajo o se limitaba a autorizar al empresario a extinguir, debiendo, por tanto, hacer uso de la misma. A este respecto se ha indicado que, en el momento en que la resolución administrativa autorizadora de los despidos deviene en firme, correspondía su posterior ejecución al empresario, haciendo uso de tal autorización. Opinión corroborada por resoluciones judiciales, como el auto de la Audiencia Nacional que señalaba que la autorización se limita a crear las condiciones para el ejercicio del derecho¹⁶³. alguna resolución administrativa avalaba también este posicionamiento. Así, por ejemplo, *"la autorización de la autoridad laboral no determina por sí sola (automáticamente) el que se lleve a cabo la medida de regulación de empleo solicitada, sino que será la propia empresa quien, haciendo uso de la autorización, pueda hacerla efectiva"*¹⁶⁴

¹⁶¹ GARCÍA TENA, J. y ALARCÓN BEIRA, F. (1984,189).

¹⁶² BLASCO SEGURA B. (1992, 575).

¹⁶³ Sigo lo indicado por BLASCO SEGURA B. (1992, 574)

¹⁶⁴ Resolución de 4 de junio de 1980 (Rec. 99/80) citado por GARCÍA TENA, J. y ALARCÓN BEIRA, F. (1984, 282)

Sin embargo no es ésta, desde luego, la conclusión a la que conduce la literalidad de los preceptos que contemplaban la situación analizada, al menos en aquellos supuestos informados por el acuerdo de las partes durante el periodo de consultas. Así, el art. 51.5 del texto estatutario disponía que, *"concluido el periodo consultivo con acuerdo de las partes, se comunicará ésta a la autoridad laboral, quien en el plazo de 15 días determinará, oída la correspondiente Entidad Gestora de la prestación de desempleo, sin más trámite, la extinción."* Mientras, el artículo 12 del RD 696/1980 señalaba igualmente que, *"(...) la cual (autoridad laboral) en el plazo de quince días, procederá con arreglo a lo que establece el mencionado artículo del Estatuto, determinando la extinción, o remitiéndolo a la autoridad laboral"*, literalidad que conduce a la apreciación de una eficacia extintiva inmediata de la resolución autorizadora previa notificación, claro está, de la resolución a los interesados (*"En expediente de regulación de empleo las resoluciones administrativas surten efecto desde que se notifican"*).¹⁶⁵

En otro orden de cosas y, en materia indemnizatoria, se producirá una de las grandes novedades del periodo analizado, reduciendo no sólo la posible discrecionalidad en la fijación de la indemnización sino tasando de forma expresa el *quantum* de la misma. Así, el artículo 51.10 disponía que: *"la indemnización, en el supuesto de ser autorizada la extinción, será de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. En caso de fuerza mayor, la autoridad laboral podrá exonerar o reducir las indemnizaciones que serán satisfechas por el Fondo de Garantía Salarial sin perjuicio del derecho de éste a resarcirse del empresario"*, con lo que la misma vendría fijada por la autoridad laboral y no por las magistraturas de

¹⁶⁵ Resolución 18 de junio de 1980 (Rec. 255/80) citada por GARCÍA TENA, J. y ALARCÓN BEIRA, F. (1984, 217).

trabajo, eliminando, por otra parte, la discrecionalidad en la fijación de las mismas¹⁶⁶.

1.3.2. La reforma operada por la Ley 11/1994. El RD 43/1996 y 801/2011 y la regulación estatutaria del expediente de regulación de empleo ordinario.

La modificación operada en el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 11/1994 de 19 de mayo determinó la configuración final de la intervención administrativa en clave autorizadora en el procedimiento de regulación de empleo. La mencionada ley no sólo variaría aspectos puramente sustantivos, sino que se le debe atribuir *"un aspecto formal positivo consistente en reordenar formalmente las materias que aborda, que en el derogado artículo 51 aparecían dispersas y que eran origen de no pocos problemas interpretativos"*¹⁶⁷, manteniendo la intervención administrativa porque *"cuando la necesidad de extinción tiene carácter colectivo y se encuentra basada en crisis de funcionamiento de la actividad empresarial, en ella confluyen elementos de trascendental importancia (...), los cuales, según las soluciones que se adopten, pueden llegar a afectar, en épocas de especiales dificultades, a la propia viabilidad, incluso de los sistemas económicos y sociales"*. Será, por tanto, la importancia de los intereses colectivos en juego la que, en definitiva, justifique la pervivencia de la mencionada autorización o, dicho con otras palabras, será la valoración de los derechos e intereses legítimos en presencia en los despidos colectivos,¹⁶⁸ los que vendrían a fundamentar la intervención administrativa autorizadora en el contexto analizado. En consonancia con esta idea se manifestará la exposición de motivos de la propia ley al señalar que *"la norma opta por mantener parcialmente el sistema vigente de intervención administrativa en los despidos colectivos -aunque clarificando y objetivando dicha intervención- en*

¹⁶⁶ DE LA FUENTA GONZÁLEZ, E. y LINARES LORENTE J.A. (1980, 194).

¹⁶⁷ DEL REY GUANTER, S. (1994, 174).

¹⁶⁸ CASAS BAAMONDE, M.E. (1996, 5).

todos aquellos supuestos en que, en función de la necesaria intensidad de la medida, los intereses colectivos económicos y sociales deben ser ponderados”, tratando, en definitiva, de “garantizar los elementos básicos de competitividad de una empresa, haciendo posible que las decisiones rescisorias, adoptadas con sometimiento a procedimientos legales puedan llevarse a cabo con la finalidad precisamente de mantener en el futuro la pervivencia de la empresa”.

En un plano de mayor detalle, se han señalado¹⁶⁹, entre otras, como principales novedades de la meritada ley en la vertebración de los expedientes de regulación de empleo, una mayor economía y celeridad en la tramitación del expediente de regulación de empleo, la reserva expresa a los representantes de los trabajadores de la condición de interesados en el procedimiento administrativo, la exigencia de congruencia de la resolución administrativa o, la introducción de procedimientos autónomos en orden a solventar los conflictos surgidos durante la sustanciación del periodo de consultas. A estas novedades habría que unir determinadas previsiones, que modificarían no sólo determinados elementos sustantivos sino que acabarían complicando la determinación de la vía competencial adecuada para su sustanciación en sede judicial. En concreto, la no necesaria presentación de una relación nominal de trabajadores afectados en el inicio del periodo de consultas dificultaría notablemente la determinación final del orden jurisdiccional competente¹⁷⁰ para el conocimiento de las diversas impugnaciones que se pudieran plantear. De esta forma y respecto a los trabajadores potencialmente afectados, el art. 6.b) se limitará a indicar la exigencia de presentar, junto con la solicitud inicial, *“el número y categoría de los trabajadores empleados habitualmente durante el último año, así como los trabajadores que vayan a ser afectados, criterios tenidos en cuenta para*

¹⁶⁹ CASAS BAAMONDE, M.E. (1996, 3).

¹⁷⁰ Sobre esta particular problemática OLMEDA FREIRE, G. (2000, 10) o AGUSTÍ MARAGALL, J. (1999, 8).

designar a los trabajadores que vayan a ser afectados y periodo a lo largo del cual está previsto efectuar las extinciones de los contratos de trabajo”.

Ciertamente, las novedades reseñadas irían acompañadas de una nueva configuración global del concepto de despido colectivo en el ET. Configuración que conllevará la vertebración de la noción de despido colectivo delimitada por la concurrencia acumulativa de factores causales y numérico-temporales¹⁷¹. Desde la perspectiva de la causalidad, las causas económicas o tecnológicas dejarán paso al actual abanico causal - económicas, técnicas, organizativas o de producción - así como a la introducción de determinados criterios para su ponderación que eliminarían en parte la discrecionalidad administrativa anterior. De esta manera se sustituirá el anterior control de naturaleza eminentemente discrecional por otro de razonabilidad¹⁷², cambio propiciado sin duda por la nueva dicción del art. 51.6 del ET a tenor del cual: “cuando el periodo de consultas concluya sin acuerdo la autoridad laboral dictará resolución estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial”. Asimismo y, tomando como referencia la resolución administrativa desde un plano temporal y conceptual, las novedades propiciarán una reducción del plazo para emitir la resolución de los treinta días naturales, desde la presentación de la solicitud a los quince días desde la comunicación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas y, por otro y relacionado con la discrecionalidad anteriormente comentada, la estricta correspondencia del contenido material de la propia resolución con la solicitud previamente presentada, imposibilitándose la opción contemplada con la normativa anterior de adoptar por parte de la Administración otro tipo de medidas diversas a las solicitadas.

Por otro lado y en relación con la selección de los trabajadores finalmente designados, la reforma operada por la ley 11/1994 concluirá, si todavía existiera alguna duda, con la prioridad de permanencia de determinada

¹⁷¹ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (1995, 366).

¹⁷² GOERLICH PESET, J.M. (1994, 67).

tipología de trabajadores, circunscribiendo dicha prioridad única y exclusivamente a los representantes de los trabajadores. Particularmente y con posterioridad a la aprobación de la primera versión del ET, desaparecerá definitivamente la prioridad de permanencia de los titulares de familia numerosa tal y como reconocía a tal efecto la ley 25/1971¹⁷³.

Como es sabido, la mencionada ley vino acompañada de la necesaria complementación por parte del RDL 43/1996,¹⁷⁴ instrumento éste último que supuso, en lo esencial, la adecuación al modelo autonómico de distribución competencial¹⁷⁵, en cuanto a la determinación de la Administración competente para la instrucción y/o autorización del expediente de regulación de empleo. Adecuación doblemente necesaria por la aprobación de la LRJAP-PAC 30/1992, de 26 de noviembre, y de la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos.

1.3.3. La naturaleza jurídica de la intervención administrativa.

La intervención de la Administración en los procedimientos de regulación de empleo dio lugar a un interesante debate bajo el régimen autorizatorio en torno a la naturaleza última de dicha actuación. Debate que aparecía contextualizado por un doble posicionamiento doctrinal, es decir, aquella posición que aludía a la naturaleza puramente autorizatoria del mencionado intervencionismo en consonancia con la denominación de la misma; y aquel otro que consideraba y entendía que dicha intervención se producía en clave dirimente o de resolución de controversias *inter privatos*, configurándose la misma como una actuación arbitral a desempeñar por la propia Administración. Ambos posicionamientos aparecían imbuidos de sólidos argumentos tal y como se explicitará a continuación.

¹⁷³ En este punto GOERLICH PESET, J.M. (1994, 174).

¹⁷⁴ BOE de 20 de febrero de 1996.

¹⁷⁵ GIL Y GIL, J.L. (1996, 307).

1.3.3.1. La intervención de la Administración como técnica autorizatoria.

La proyección de toda actuación administrativa permite ser encauzada a través de un triple contenido o exteriorización formal de acuerdo a los efectos que causa en los derechos y libertades de los particulares.¹⁷⁶ Así, resulta posible referirse a una actividad de limitación o policía, a una actividad prestacional o de servicio público y, finalmente, a una actividad de fomento. En este punto y pese al consenso en torno a dicha división, debe diferenciarse la forma típica en que resulta posible encauzar la actividad de la administración de aquellas concretas técnicas por medio de las cuales se articulan las diversas formas de actuación¹⁷⁷.

Ciertamente no es posible reducir, y más aún, petrificar cada una de estas formas de exteriorización a través de una definición rígida que obvie las particularidades de su propia evolución histórica tanto en el plano interno o propiamente conceptual, como en el de su concreta proyección hacia el exterior a través de diversas posibilidades o técnicas de exteriorización existentes. Ahora bien, esta afirmación no obsta la posibilidad de señalar determinados elementos comunes que sustentizan y dotan de contenido a las autorizaciones administrativas en cuanto forma típica de actividad de policía.

Desde posiciones que adjetivaremos como clásicas, se ha definido la autorización administrativa como un acto permisivo que remueve los límites impuestos a los particulares para el ejercicio de poderes o facultades que le son propias. Esto es, como *"aquel acto de la administración por el que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad privada, aunque inicialmente prohibida con fines de control administrativo de su ejercicio,*

¹⁷⁶ PARADA VÁZQUEZ, R. (2004, 369).

¹⁷⁷ VILLAR PALASÍ, J.L./VILLAR EZCURRA, J.L. (1999, 54).

*constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente*¹⁷⁸, tratándose, en cualquier caso, de una actividad encuadrable en la tipología más amplia de actividades limitativas de policía o, en sentido amplio, de actividades puramente limitativas.

Con independencia del interés conceptual que una delimitación como la comentada pudiera poseer, así como de la complejidad de su evolución y de las nuevas necesidades de adaptación a una realidad económica cambiante y con nuevas necesidades de amparar la intervención administrativa en el campo de las relaciones *inter privatos*, resulta posible apreciar la subsistencia de determinados elementos que en última instancia configuran y determinan el contenido de la noción autorizatoria.¹⁷⁹ Dicho con otras palabras, la existencia de un concepto en constante evolución, unido a su necesaria y constante readaptación, no debe obstar a la fijación de los elementos que sustantivizan y dotan de contenido las autorizaciones administrativas como forma típica de actividad de policía.

Desde un plano general, nos encontramos ante una técnica administrativa; ante una técnica que posibilita canalizar el control preventivo que un sujeto realiza respecto de la actuación de otro, control que debe ser enjuiciado en términos de legalidad u oportunidad dependiendo de la concreta técnica autorizatoria ante la que nos hallemos. Se ha señalado, en este punto, que la motivación de dicho control vendría determinada por su potencial dañoso para terceros, para el interés general o, incluso, por la intensidad que su uso comporta¹⁸⁰.

Desde el punto de vista del administrado, la doctrina clásica incide singularmente en la preexistencia de un derecho subjetivo, de un derecho a realizar la actividad necesitada de este previo acto declarativo tendente a

¹⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E./FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2011, 137).

¹⁷⁹ Sigo en este punto a LAGUNA DE PAZ, J.C. (2006, 37).

¹⁸⁰ LAGUNA DE PAZ, J.C. (2006, 37).

remover los obstáculos existentes para la realización de la misma. No obstante, se trata de una concepción que ha entrado en crisis¹⁸¹, por lo que su aproximación conceptual y su concreta traslación a una realidad como la actual exigen una doble matización.

En primer lugar, porque la propia autorización se ha visto "*trasplantada al complejo campo de las realidades económicas*," impidiendo examinar su proyección en términos de mero control preventivo a una actividad predefinida, siendo preciso examinarlas desde el entendimiento de que nos encontramos ante una técnica que posibilita encauzar unos objetivos previamente programados¹⁸² o determinados en normas positivas de configuración legal.

Ello conecta necesaria e irremediabilmente con la segunda de las matizaciones a la doctrina clásica. En efecto, en muchas ocasiones no resulta posible vislumbrar la preexistencia de un derecho subjetivo sino que lo verdaderamente subyacente es "*la libertad general de actuación que poseen los sujetos privados en virtud de su vinculación meramente negativa a la ley*"¹⁸³; o, por expresar la anterior afirmación desde otro punto de vista, "*se debe partir, por ser más garantista, de la existencia de un derecho o libertad en el solicitante de la autorización y considerar ésta como un acto de control reglado que determina si se cumplen las exigencias legales o reglamentarias previstas en la norma*"¹⁸⁴. De esta forma, en la actualidad no siempre resulta posible reducir el concepto autorizatorio a una técnica de preservación del orden público en sentido decimonónico ni apreciar la preexistencia de un derecho subjetivo o mero derecho preexistente cuyo ejercicio se pretende llevar a cabo previa remoción de los obstáculos y límites existentes. Debe concluirse, en definitiva, que "*la autorización de actividades económicas no puede ser sin más en todo caso la afirmación apriorística de un derecho*

¹⁸¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2011, 135).

¹⁸² GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2011, 136).

¹⁸³ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2004, 262).

¹⁸⁴ PARADA VAZQUEZ, R. (2004 381).

preexistente sino algo más complejo, de lo que, como mucho, eso que se califica de derecho preexistente es sólo un ingrediente¹⁸⁵".

1.3.3.1.1. Tipos de autorización administrativa.

La posibilidad de encauzar los diversos supuestos autorizatorios a través de diferentes tipos clasificatorios posibilita no sólo examinar dicha técnica al margen de rigideces que imposibiliten su adecuación a supuestos de hecho alejados de posicionamientos clásicos, sino que permite contemplar su extensa virtualidad aplicativa. Destacaremos, en este punto, la diversidad clasificatoria referida a la existencia de autorizaciones, regladas y discrecionales, autorizaciones simples y operativas y, finalmente, autorizaciones reales y personales.

La primera de las distinciones toma como punto de apoyatura la naturaleza de la potestad administrativa puesta en juego; esto es, la libertad de la Administración a la hora de apreciar la concurrencia de los requisitos y condicionamientos precisos para su otorgamiento. Así, en la primera de las tipologías, autorizaciones regladas, la actividad de la Administración se encuentra constreñida a la mera comprobación de los requisitos legales preexistentes. Por su parte, en la segunda de ellas, autorizaciones discrecionales, la Administración goza de una mayor libertad valorativa, libertad tan sólo delimitada por la "*compatibilidad con el interés público de la actividad que pretende ejercerse*"¹⁸⁶. En cualquier caso, la mencionada distinción no debe entenderse de forma abstracta o en términos absolutos, pues en la mayoría de los casos la autorización viene informada por la coexistencia entre elementos reglados y elementos puramente discrecionales, sin que la preeminencia de los mismos pueda entenderse de forma excluyente y absoluta o, incluso, la existencia en la primera de ellas de

¹⁸⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2007,17).

¹⁸⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2004, 264).

conceptos jurídicos indeterminados, cuyo margen valorativo por parte de la Administración permite "*un no pequeño margen de apreciación*"¹⁸⁷.

En la segunda de las tipologías anteriormente aludidas, la diferencia se centra en el tipo de actividad objeto de control por parte de la Administración. Esta actividad puede ser meramente puntual, de tracto instantáneo, que se extingue por consunción de la actividad misma¹⁸⁸ o, por el contrario, puede tratarse de una actividad de tracto sucesivo, que despliega sus efectos de forma continuada en el tiempo y, por ello, viene instrumentada por un control permanente, paralelo al discurrir de la actividad previamente autorizada.

Por último, la tercera de las clasificaciones apuntadas toma como elemento de referencia la transmisibilidad de los derechos creados por la autorización administrativa; esto es, la posible derivación hacia terceros de la situación creada y posteriormente amparada por la autorización concedida. Tomando como base dicho criterio, resulta posible distinguir la presencia de autorizaciones personales que, en la medida en que su concesión viene determinada por la concurrencia de condiciones particulares y singulares del sujeto al que se atribuyen, no resultan transmisibles, y autorizaciones reales, en las que la singularidad viene referida a los bienes, al objeto y no al sujeto titular de los mismos. Precisamente este hecho permite definirlas como transmisibles.

La diversidad clasificatoria que se acaba de exponer permitía, en una primera aproximación, apreciar determinadas notas configuradoras del intervencionismo de la Administración en el seno de los expedientes de regulación de empleo. De esta forma, la noción autorizadora viene informada por su no-transmisibilidad, tratándose por lo tanto de una autorización real, por su carácter aparentemente reglado o, dicho de otra forma, por la aparente inexistencia de margen discrecional alguno, con independencia de

¹⁸⁷ LAGUNA DE PAZ, J.C. (2006, 139).

¹⁸⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2004, 266).

la valoración consustancial a todo concepto jurídico indeterminado y, finalmente, por tratarse de una autorización simple en la que el sujeto autorizado hace uso de la autorización en los términos recogidos por la misma.

De esta forma, un sector de nuestra doctrina identificaba la autorización habida en el seno de los expedientes de regulación de empleo como una típica actividad de policía o, para ser más precisos y sin ánimo de tautología alguna, de una genuina actividad autorizatoria. Así, mediante el ejercicio de esta técnica autorizatoria, se eliminarían los obstáculos que impiden, *a priori*, el ejercicio de una facultad empresarial; esto es, la extinción del vínculo contractual por las motivaciones económicas, organizativas, tecnológicas y productivas. Tal y como se ha apuntado,¹⁸⁹ *"la ponderación de los intereses jurídicos protegibles se satisface mejor con la técnica de la autorización administrativa que a través del control judicial, pues lo que importa en estos casos no es tanto la indemnización del daño causado a los trabajadores con los despidos colectivos injustificados cuando la evitación de éstos si carecen de causa"*. En definitiva, nos encontramos ante una prohibición inicial que, para poder ser superada o, cuando menos removida, requiere la emisión por parte de la Administración *"de un acto reglado, que libera la prohibición de ejercicio de un derecho o libertad preexistente, de forma que la autorización trata simplemente de determinar si la actividad o el ejercicio del derecho o libertad en cuestión cumplen las exigencias legales o reglamentarias"*.

1.3.3.1.2. La equiparación conceptual.

Cierto sector doctrinal,¹⁹⁰ ha identificado tradicionalmente el concepto autorizatorio aludido desde la antigua LCT de 1944 como una técnica de intervención que responde a los cánones propiamente autorizatorios.

¹⁸⁹ OLMEDA FREIRE, G. (2000, 2).

¹⁹⁰ Así por ejemplo SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J.M. (1970, 175); MONTOYA MELGAR, A. (1970, 83); ALONSO OLEA, M. (1957, 75).

Identificación asentada no sólo en torno al *nomen* con el que ha acuñado la actuación administrativa en los despidos por crisis desde la precitada ley, sino en la concreta actividad desplegada, que permite ser enunciada en torno a la idea de una declaración de voluntad con la que un sujeto u órgano de la Administración pública posibilita el ejercicio de un derecho preexistente, previa ponderación de la oportunidad en su ejercicio o, en definitiva, remueve aquellos obstáculos que obstan el ejercicio de un derecho previo y preexistente. Lógicamente, en esta concepción subyace el entendimiento de la Administración como garante del interés público, salvaguarda de dicho interés¹⁹¹ o, por lo menos, como sujeto protector de un interés que se situaría al margen de aquellos intereses puramente particulares que ostentan y representan las diversas partes sociales que protagonizan el concreto procedimiento reestructurador.

De esta forma expresada, la concepción de la autorización existente en los procedimientos de regulación de empleo se acababa encontrando, para otro sector doctrinal, con problemas de encaje o subsunción plena con el concepto clásico de autorización administrativa. De forma sintética, estos problemas los analizaremos seguidamente:

En primer lugar, resulta dudoso que en estos casos se pudiera aludir a la existencia de un interés público que justifique la intervención administrativa en los términos expuestos. Dicho de otra forma, si toda actividad administrativa de limitación debe sustentarse en la existencia de un interés público que legitime un concreto actuar, parecería, en todo caso, cuestionable identificar, en los despidos colectivos o en los supuestos suspensivos, la existencia de un interés público diferenciado del interés de las partes que requiera una especial protección por parte de la Administración, ya que, en definitiva, el control de causalidad del concreto acto extintivo quedaría asimismo garantizado a través de una apreciación meramente judicial. Por

¹⁹¹ DESDENTADO DAROCA, E. (1994, 5).

expresar la anterior afirmación con un grado mayor de precisión *"el nexo causal puede ser relativizado de muy diversas maneras durante el procedimiento previsto, e incluso obviado en la realidad si se obtiene un acuerdo colectivo"*¹⁹², sobre todo si partimos de la consideración de que la función asignada no es la de evitar un ejercicio arbitrario del poder conferido en el artículo 20 del ET a través de la objetivación de la motivación.¹⁹³

El segundo de los argumentos que obstan a una equiparación conceptual automática como la pretendida venía dado por los diferentes parámetros que enmarcan la actividad administrativa típicamente autorizatoria, y aquella otra que se produce en el contexto de los despidos colectivos. En efecto, mientras que la actividad autorizadora típica reposa sobre elementos reglados, de forma que la autorización trata simplemente de determinar si la actividad o el ejercicio del derecho o la libertad en cuestión cumple con las exigencias legales o reglamentarias,¹⁹⁴ la actuación administrativa producida en el seno de los expedientes de regulación de empleo está construida *"en base a conceptos jurídicos indeterminados lo que, necesariamente, aboca a tener que admitir un cierto margen de discrecionalidad (...)".* Nos encontramos, por tanto, en presencia de un juicio de razonabilidad.¹⁹⁵

Sería por tanto, el mencionado canon de razonabilidad, que no de oportunidad, en el que se apoya la mencionada intervención administrativa, el dato que imposibilitaría conceptualizar dicha actuación como puramente autorizatoria.

¹⁹² LANDA ZAPIRAIN, J.P. (2005, 311).

¹⁹³ MARTÍNEZ BARROSO, M.R. 2009, 187).

¹⁹⁴ PARADA VAZQUEZ, R. (2004, 448).

¹⁹⁵ BLASCO PELLICER, A. (2007, 214).

1.3.3.2. La intervención de la Administración como técnica arbitral.

1.3.3.2.1. La actividad arbitral como método de solución de controversias.

La Administración puede estar investida por la Ley de la potestad de resolver conflictos entre terceros.¹⁹⁶ Dicha posibilidad se inserta en una típica técnica de ordenación de las actividades particulares. En los casos en los que se produce una imbricación de intereses públicos y privados¹⁹⁷, la Administración aparece revestida de poderes para resolverlos de forma autoritaria. De esta forma, se ha señalado que,¹⁹⁸ en determinadas ocasiones y por razones de eficacia, se hace necesaria la intervención pública en la resolución de controversias entre particulares cuando subyace un interés público concurrente.

Según un sector de nuestra doctrina, la intervención administrativa se configuraría como una pura actividad arbitral que vendría a resolver un conflicto *inter privatos*, habiéndosele atribuido la función material de una composición de intereses, siendo ésta, una función *"más adecuada que la técnica judicial centrada en el conflicto jurídico y, más atenta a los efectos del caso enjuiciado (...)"*¹⁹⁹. Esto es, la Administración ejercitaría en estos casos auténticas funciones arbitrales, recubierta de la apariencia de una actividad de limitación²⁰⁰; de esta forma, *"el acto resolutorio del expediente de regulación de empleo es materialmente un acto de carácter arbitral o jurisdiccional aunque formalmente sea un acto administrativo"*²⁰¹. Dicha concepción admitiría una doble distinción derivada de la base sobre la que se asienta la actividad arbitral, pudiendo distinguirse entre el arbitraje jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional y un arbitraje en equidad, si lo que

¹⁹⁶ PARADA VÁQUEZ, R. (2004, 529).

¹⁹⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2004, 288).

¹⁹⁸ PARADA VÁZQUEZ, R. (2004, 530).

¹⁹⁹ NAVARRO NIETO, F. (1996, 201).

²⁰⁰ MERCADER UGUINA J./ TOLOSA TRIBIÑO, C. (2004, 484).

²⁰¹ MATIA PRIM, J. (1977, 509).

efectivamente se discute en estos casos es la existencia de conflicto de intereses y no de un conflicto estrictamente jurídico. En estos casos, la Administración resolvería no tanto por la aplicación de una norma jurídico-positiva sino por la libre ponderación de los intereses en juego, *"en estos casos, la autoridad laboral interviene como un tercero natural (...), la Administración resuelve como consecuencia de una ponderación libre de los intereses en juego enfrentados y los perjuicios que sufriría en su caso cada una de las partes. En definitiva, se trataría de un arbitraje en equidad y no tanto jurisdiccional"*.²⁰² Por ello, si a la necesaria *"inclusión de consideraciones no jurídicas se añade la valoración de efectos que la resolución administrativa puede producir en cuanto a cambio en las consideraciones existentes, se llegará a la conclusión que esta resolución ha de tener, en una gran variedad de supuestos, un cierto carácter arbitral"*²⁰³. Ad abundantiam, se trataría de una actividad arbitral indirecta en la que, tal y como ha sido puesto de manifiesto,²⁰⁴ la Administración, mediante la aplicación de la norma positiva, resolvía un conflicto entre particulares, justificando su actuación por los fines públicos subyacentes. Es en este punto donde se observa la diferencia entre la autorización y el acto que ponía final al ERE, porque en éste la valoración no se reduce a la búsqueda de la conciliación entre tales intereses, sino que aparece un tercero perteneciente ahora a los trabajadores (el interés al mantenimiento inalterado de los contratos o las condiciones de trabajo u otros intereses económicos o profesionales diferentes)²⁰⁵. Por ello, en la actividad arbitral indirecta, la Administración aplica el Derecho para sus fines y como consecuencia secundaria de esa aplicación se produce la resolución de un conflicto entre particulares.

²⁰² CRUZ VILLALÓN, J. (1991, 10). Si bien otros autores insistirían en que nos encontramos ante el ejercicio de auténticas funciones jurisdiccionales. Así MATÍA PRIM, J. (1977, 514).

²⁰³ GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ, F. (1992, 72).

²⁰⁴ DESDENTADO DAROCA, E. (1994, 7).

²⁰⁵ MATIA PRIM, J (1977, 502).

Dicha concepción se asienta en torno a un triple razonamiento. El primero de ellos toma como punto de referencia el número de sujetos protagonistas que intervienen en el procedimiento de regulación de empleo. Así, la relación triangular que en estos casos se establece (empresario-trabajador-administración), parecería difícil de coherer con la estructura binaria, administración-administrado, que diferenciaría y singularizaría la técnica autorizatoria. Por su parte, el segundo de ellos se refiere a la incongruencia de definir en términos autorizatorios una actividad en la que los sujetos iniciadores pueden ser los propios trabajadores potencialmente afectados²⁰⁶, de forma que la actividad administrativa no podría calificarse técnicamente como autorización²⁰⁷. Se ha señalado en este punto que la autorización así concebida vendría conceptualizada como atípica de acuerdo al régimen general de las autorizaciones administrativas²⁰⁸.

Finalmente, el tercer argumento consiste en que, la medida en que la Administración estaba facultada para resolver algo distinto de lo solicitado por el empresario, no existiría una necesidad cierta de congruencia en cuanto principio informador de la actuación autorizadora²⁰⁹.

Todos estos argumentos están adornados por la imposibilidad de explicitar la intervención administrativa en los expedientes de regulación de empleo en clave arbitral en aquellos supuestos que vienen informados por la concurrencia de fuerza mayor o el acuerdo entre las partes durante el periodo de consultas²¹⁰. De esta forma, otro de los datos que contradice la tesis autorizadora vendría dada *"por la libertad administrativa en la decisión a adoptar en el expediente"*²¹¹.

²⁰⁶ Art 51.9 del ET.

²⁰⁷ MARTÍN JIMÉNEZ, R. (2009,269).

²⁰⁸ DEL VALLE, J.M. (1996, 228).

²⁰⁹ MARTÍN JIMÉNEZ, R. MATEOS BEATO, A. (2009, 627).

²¹⁰ MARTÍNEZ BARROSO, M.R. (2009, 188).

²¹¹ MATÍA PRIM, J, (493, 1977).

Resulta evidente, a tenor de lo analizado, que la discrepancia entre la naturaleza de la actuación administrativa en el seno de los expedientes de regulación de empleo se encuentra íntimamente relacionada con el margen de discrecionalidad con el que contaba la administración a la hora de ponderar los intereses de las partes potencialmente afectadas por la resolución administrativa²¹². Desde esta perspectiva, la actividad reglada de la Administración conduciría a conceptualizar la actuación de la Administración en clave puramente autorizatoria, y ello por cuanto la consideración de una actividad arbitral corre paralela al entendimiento del actuar administrativo bajo un parámetro de discrecionalidad, sobre una base cuasi-jurisdiccional en la que *"la autoridad laboral puede no sentirse tan obligada como un juez a comprobar si la situación fáctica que fundamenta los despidos solicitados afecta más o menos directamente a los contratos de trabajo cuya extinción se propone (...)"*²¹³. En cualquier caso, nos encontraríamos ante una actividad arbitral indirecta; esto es, ante una actividad administrativa que aplica el derecho para sus fines y como consecuencia de ello se produce la resolución de un conflicto entre particulares. Tan sólo el carácter indirecto de dicha intervención permitiría amparar la actuación administrativa. Dicho de otra forma, *"no se trata de que el empresario previa la incoación de un procedimiento administrativo decida la adopción de unas determinadas medidas consistentes en alteraciones contractuales sino que es la administración quien acuerda e impone dichas medidas y en consecuencia las alteraciones mismas"*.²¹⁴

1.3.3.3. Conclusiones.

Más allá que ambas tesis aparecen sustentadas en argumentos igualmente sólidos y que, ciertamente, resultaría posible mantener una posición ecléctica ya que, tal y como se ha indicado²¹⁵, *"nada impide que un acto formalmente*

²¹² GÓMEZ MUÑOZ, J.M. (2009,142).

²¹³ DEL VALLE, J.M. (1996, 294).

²¹⁴ MATIA PRIM, J. (1977, 520).

²¹⁵ MARTÍN JIMENEZ, R/ MATEOS BEATO, A. (2009, 628).

autorizatorio consista sustancial y materialmente en un acto que resuelva un conflicto entre particulares”, no debe esconderse la concurrencia de todas y cada una de las notas caracterizadoras de un verdadero procedimiento administrativo autorizador. Y ello, con independencia del necesario distanciamiento que debe adoptarse respecto a determinadas particularidades que pueden concurrir, y de hecho concurren, en la tramitación del mismo.

Los diferentes planteamientos que se pueden sostener en torno a esta cuestión deben partir de una diferenciación que, por obvia, no debe dejar de señalarse. Diferenciación que debe tomar como referencia el resultado del periodo de consultas llevado a cabo.

En efecto, si la fase de consulta/negociación terminaba con acuerdo, no hay duda del carácter homologador de la intervención de la Administración, naturaleza homologadora que viene determinada no sólo por la denominación utilizada por el texto legal, sino por el carácter automático, reglado y sin margen valorativo alguno que definía la actuación de la Administración en estos casos.

En el segundo de los casos, desacuerdo durante el periodo de consultas, no debe esconder que la intervención administrativa parte de dos presupuestos previos: limitación en el ejercicio de una actividad y *“necesaria habilitación para que los interesados ejerciten un derecho o poder propio”*, por lo que nos encontraríamos ante una típica actividad autorizatoria. Dos son los argumentos que admitirían la caracterización de concluyentes a este respecto y cuya ponderación razonada permitiría *per se* otorgar notable solidez a la respuesta que se hubiera de otorgar a la dicotomía autorización-arbitraje anteriormente planteada.

En primer lugar, por las propias consecuencias que conllevaría, para la medida empresarial adoptada, la omisión del trámite autorizatorio y, con ello,

de la pertinente autorización administrativa que la amparase; es decir, la nulidad del acto. De esta forma, nos encontraríamos ante una autorización porque dicha técnica administrativa *"afectaría a la validez del acto y no a su eficacia, siendo ilegal ab initio"*²¹⁶ el concreto acto empresarial que careciera de dicho soporte.

En segundo lugar, porque tal y como se refirió con anterioridad y se agudizó a través de la regulación inmediatamente anterior a la actual, la autorización no extinguía por sí misma el vínculo contractual, ni suspendía de forma alguna la relación laboral que vinculaba a las partes. La autorización obtenida requería de una posterior actuación empresarial que, amparándose en la misma, permitiera dotar de contenido a la voluntad empresarial manifestada. No podemos compartir la idea de que *"la resolución administrativa es así un acto administrativo por su forma, pero un acto judicial por objeto y esencia"*,²¹⁷ ya que el doble hecho anteriormente comentado, impediría otorgar al intervencionismo de la Administración una caracterización puramente arbitral. El arbitraje, y ello con independencia de la base en el que aparezca sustentada la función arbitral, supone una actuación administrativa que decide en primera instancia el alcance de los derechos privados potencialmente en conflicto. Dicho con otras palabras, en este tipo de actividad las *"Administraciones Públicas asumen una función decisoria de controversias o conflictos suscitados entre particulares acerca de la titularidad o el ejercicio de un derecho subjetivo"*²¹⁸, pero no elimina obstáculo o elemento alguno que permita un libre uso de la autorización concedida.

Cierto es que la tesis arbitral encuentra uno de sus principales sustentos desde el punto de vista argumental en el análisis de la actuación administrativa en aquella tipología de expedientes de regulación de empleo que la legislación anterior permitía instar a los representantes de los

²¹⁶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (1993,150).

²¹⁷ MATIA PRIM, J. (1977, 636).

²¹⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (287,2004)

trabajadores, que ciertamente parecen alejarse de una naturaleza autorizadora, pues evidentemente, en estos casos, canalizados a través de un instrumento jurídico inadecuado²¹⁹, no existe la remoción de obstáculo alguno, no pudiendo, por ende, mantenerse la existencia de una resolución administrativa autorizadora referida a un sujeto que no la ha instado y que podría no interesarle.

Ahora bien, la utilización de esta tipología de expedientes, en los que la actuación administrativa es determinante de la extinción de los contratos²²⁰, no parece que sea adecuada para la explicitación conceptual de la naturaleza interventora de la Administración en los expedientes de regulación de empleo ordinarios en los que efectivamente se precisaba la obtención de una autorización. Nos encontramos ante tipologías completamente diferenciadas, cuya ubicación sistemática en un mismo precepto del texto estatutario no permitía una reconducción conceptual y sustantiva en términos de unicidad, supuesto este último, en el que la relevancia del papel de la Administración se acrecienta notablemente y, con ello, también crece la ampliación de sus facultades durante la tramitación administrativa del procedimiento. Por ello, y con independencia de la eficacia extintiva directa o meramente autorizadora que adjetive finalmente a la resolución que finalmente se hubiera de adoptar, el fundamento de equidad que caracterizaría el ejercicio de la actividad arbitral quedaría notablemente diluido.

Al margen de lo indicado existen, a mi juicio, tres argumentos que inclinarían el debate habido en torno a la naturaleza de la actuación administrativa a favor de la tesis autorizatoria, bajo la legislación anterior a la reforma operada a los largo del año 2012, y que sistematizaré en forma de oposición o contradicción con los argumentos vertidos por la tesis contraria.

²¹⁹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (1993, 97).

²²⁰ MERCADER UGUINA, J.R. TOLOSA TRIBIÑO, C. (2004,484).

En primer lugar y en relación con el argumento vertido por la tesis arbitral en torno a la inexistencia de un interés público subyacente o jurídicamente identificable, debe señalarse que el mismo, en realidad, parte de cierto confucionismo entre la naturaleza jurídica de la intervención administrativa y la finalidad que dota de sentido a dicha intervención, cuando la realidad es que se trata de aspectos íntimamente relacionados, pero no de necesaria y obligada coincidencia. La concepción de la actuación administrativa desde otros parámetros no eliminaría el interés público subyacente, que otorgaría, en última instancia, cobertura a la meritada intervención; seguiría subsistiendo un protagonismo administrativo decisivo. Y ello al margen de la posible repercusión pública de la medida reestructuradora en materias como el desempleo o todas aquellas de índole prestacional en los que pudiera ser identificado un interés al margen del propio de los sujetos intervinientes en la misma.

En segundo lugar, y en relación con la presencia de elementos discrecionales o de ponderación razonable de la decisión que, en última instancia, hubiera de emitir la Administración, ello no desvirtuaría la noción autorizatoria subsistente. En este sentido, se ha examinado con anterioridad la existencia de tipologías autorizatorias que permiten márgenes más o menos amplios de discrecionalidad. La autorización puede venir informada, y no por ello pierde la naturaleza de técnica administrativa de limitación en sentido propio, por la preexistencia de un interés legítimo, tal y como ocurre en las autorizaciones discrecionales, debiendo señalarse, no obstante, que *"la mayor parte de las potestades regladas se construyen en torno a conceptos jurídicos indeterminados, cuya valoración por parte de la administración en cada caso concreto arroja un no pequeño margen de apreciación"*²²¹.

Por su parte, el último de los argumentos de la tesis arbitral, incompatibilidad entre la relación triangular existente y la noción jurídica de autorización

²²¹ LAGUNA DE PAZ, J.C. (2006, 139).

administrativa, admitiría una doble objeción. Primeramente, la existencia de tres sujetos que protagonizan el expediente de regulación de empleo no modifica la estructura de los intervinientes en el procedimiento administrativo propiamente dicho; esto es, no por ello deja de existir un sujeto empresarial que inicia una actividad tendente a conseguir una autorización que le permita llevar a cabo un interés preexistente y un ente administrativo encargado de remover los obstáculos que obstan a su ejercicio. Pero incluso asumiendo la existencia de esa estructura triangular (administración - empresa - trabajadores afectados), ello no desnaturalizaría la preexistencia de esa intervención puramente autorizatoria. Dicho en positivo, existe una amplia gama de autorizaciones que marginan la tradicional estructura dual y posibilitan observar la existencia de interesados en el procedimiento administrativo autorizador, aunque con un protagonismo ciertamente pasivo o indirecto en dicho procedimiento.

En definitiva, argumentos aludidos que permitirían decantar la intervención de la administración que se producía al amparo de la legislación anterior en términos estrictamente autorizatorios.

1.3.4. El Real Decreto 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y la Ley 3/2012 de 6 de julio. El último hito de la evolución histórica analizada.

La última de las etapas evolutivas en el análisis del papel de la Administración en los procedimientos extintivos de carácter colectivo viene determinada indudablemente por la desaparición de la autorización administrativa como regla que ha informado y definido la adopción de las medidas colectivas basadas en un razonamiento empresarial de acuerdo al análisis histórico efectuado.

La exposición de motivos del Real Decreto 3/2012 de 10 de febrero, alude a un doble hecho a modo de razonamiento o motivación que ha aconsejado la

eliminación de la mencionada autorización. El primero de ellos viene determinado por la falta de presteza de un procedimiento administrativo que, en ocasiones, va acompañado de una posterior impugnación administrativa o judicial, que *"se ha revelado contraria a la celeridad que es especialmente necesaria cuando se trata de acometer reestructuraciones empresariales"*; esto es, razones de premura en la tramitación y posterior adopción de una medida empresarial tendente a hacer frente a una situación de crisis avalarían la indicada supresión. El segundo de los motivos justificadores que ha impulsado la mencionada supresión vendría determinado por una suerte de desnaturalización del periodo de consultas, que ha acabado convirtiéndose en una negociación dirigida a la elevación del *quantum* indemnizatorio y no propiamente a la consecución de la finalidad comunitaria apoyada en la búsqueda de aquellas posibilidades tendentes a la reducción de los despidos colectivos o, en definitiva, en la posible implementación de *"medidas sociales destinadas, en especial, a la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos,"* si bien, tal y como se ha puesto de manifiesto,²²² dicha consideración no exenta de certeza debe atribuirse en buena medida a la poca pro actividad de la Administración y su acomodación a la categoría de mero organismo de control.

Pues bien, sobre las dos mencionadas premisas, el referido RD suprimió una de las instituciones que se han revelado como nucleares en la adopción de medidas empresariales en situaciones de crisis, tal y como ha puesto de manifiesto la evolución analizada: la autorización administrativa. Esta desaparición debe contextualizarse en relación con las reflexiones teóricas que han alumbrado la reforma del 2012 y que se encuadran en el intento de agilizar el acogimiento de dicha modalidad extintiva y la consiguiente eliminación del despido exprés. Ahora bien, al margen de las intenciones del legislador, lo cierto es que la mencionada modificación supone "una mutación en la concepción del despido colectivo,"²²³ ya que indudablemente la

²²² VALDÉS DAL - RE, F. (1994, 7).

²²³ MIÑARRO YANINI, M. (2012, 35).

eliminación del control público efectuado tradicionalmente por la autoridad laboral reconfigura la noción de causalidad en una doble perspectiva, esto es, en la propiamente finalística o aquella relacionada con la finalidad pretendida por la medida extintiva y, por otra parte, en la propiamente fiscalizadora o, dicho con otras palabras, la relacionada con la función de control público a ejercer en exclusiva por la autoridad judicial. De esta forma, y tal y como anticipadamente se ha recordado utilizando como factor comparativo la experiencia francesa²²⁴, la equiparación errónea entre mayor flexibilidad en el despido y eliminación del control público administrativo abocará *"a un control más intenso de las prerrogativas empresariales, lo que sin duda viene favorecido por la necesaria existencia de un procedimiento formal de necesaria llevanza con anterioridad al propio despido que se hubiera de implementar"*.

La consiguiente eliminación de la naturaleza pública del procedimiento obliga a la introducción de mecanismos reforzados de control que compensen o incluso fiscalicen la decisión extintiva empresarial. Tales mecanismos pasan por un reforzamiento de las obligaciones documentales e informativas que nutrirán el periodo de consultas así como la posterior fiscalización judicial en torno al fondo y la forma de la medida adoptada²²⁵.

²²⁴ TOSCANI GIMÉNEZ, D. (2012, 71).

²²⁵ MARTÍN VALVERDE, A, (2013,3)

SEGUNDA PARTE

EL DESPIDO COLECTIVO: ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCEDIMENTALES.

CAPÍTULO I.-EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DESPIDO COLECTIVO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.

1.1. La delimitación sustancial del despido colectivo.

La actual configuración del despido colectivo permite ponderar, en una primera aproximación, no sólo la centralidad de dicha institución en la vertebración actual del ordenamiento laboral español, sino su posición de síntesis en el específico diálogo marcado por la evolución de la normativa estatal y las sucesivas directivas comunitarias reguladoras de dicha figura extintiva. Por ello, y sobre la base de este planteamiento, resulta conveniente aproximarse a la definición misma del despido colectivo sobre el análisis de dos elementos: la naturaleza subyacente inherente a dicha figura y la adjetivación de colectivo de este concreto acto empresarial.

En cuanto a la primera de las notas caracterizadoras, y desde una perspectiva general, se ha indicado que el modelo de despido colectivo responde en su dimensión sustantiva a un postulado contractualista²²⁶, en el que se parte de la conservación del negocio pactado y de la duración inherente a ese pacto, al margen de la posterior existencia de diversas circunstancias debidamente causalizadas que pudieran impedir el mantenimiento del mismo. Esta lógica contractual se encuentra presente no sólo en el momento de contratación inicial, sino en la reducción de mano de obra como medida que posibilite la adecuación entre dicha variable y una lógica empresarial guiada por una optimización de los recursos conducente a la maximización del beneficio.

En segundo lugar, la adjetivación de la mencionada extinción contractual como colectiva responde, tal y como se ha señalado, no sólo a la vertiente plural de necesaria concurrencia en la medida extintiva analizada sino a la oposición dialéctica entre el empresario y los sujetos colectivos opuestos a la

²²⁶ MONTALVO CORREA, J. (1995, 318).

extinción²²⁷. Efectivamente y, en consonancia con la idea apuntada, la noción colectiva expresa, junto a una idea de pluralidad de sujetos potencialmente afectados por la medida empresarial, una contraposición de intereses que patentizan y, en última instancia, contextualizan el mecanismo extintivo. Dicha nota permitía en una fase inmediatamente previa a la actual, es decir, aquella que transcurre hasta la reforma laboral de la Ley 35/2010, que unifica desde un punto de vista normativo la realidad extintiva por causas empresariales, construir una modalidad extintiva que configuraba el núcleo último de imputación de la actuación administrativa frente a otras fórmulas extintivas en las que, si bien se compartía una base causal común, presentaban a su vez notables diferencias tanto en su procedimentalización, como en la manera de ejercer el control causal al que la medida extintiva se veía sometida. Por ello, tal y como se ha indicado²²⁸, *"la colectividad del despido se refiere, por tanto, a las causas y a la tramitación del procedimiento, pero no, claro está, al acto final de ruptura del contrato de trabajo, el cual al fin de cuentas es el único que merece el nombre de despido"*.

La unificación en el tratamiento normativo de las causas legales que soportan el despido por causas empresariales llevada a cabo a partir de la entrada en vigor de la Ley 35/2010, en la que no sólo se procede a la definición común de las causas que justificarían un despido individual o colectivo sino que se reconduce, por remisión, la definición de la causalidad del despido objetivo individual al referente colectivo, despliega una serie de consecuencias desde la perspectiva del control de dicha causalidad y no sólo en términos de homogeneidad,²²⁹ sino también en el terreno propiamente del enjuiciamiento causal último de dicha realidad.

²²⁷ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (1995, 357).

²²⁸ MARTÍN VALVERDE, A. (2013.3).

²²⁹ BLASCO PELLICER, A. (2010, 61).

1.2. La identificación inicial del supuesto determinante.

1.2.1. La Ley 11/1994, de 19 de mayo. Un primer hito en la evolución normativa del despido por causas empresariales.

La base causal subyacente en esta concreta tipología extintiva se erige junto al elemento procedimental en el presupuesto legitimador que permite el acogimiento de dicha medida y, con ello, la posible adaptación empresarial a las eventuales necesidades de reestructuración que pudieran surgir. Dicho con otras palabras, la legitimidad de los despidos colectivos descansa no sólo en el procedimiento, sino en la existencia de unos hechos, a modo de elementos causales, que justifican en última instancia la adecuación de la medida extintiva²³⁰, pues nos encontramos evidentemente ante una institución causal, conectada con el reconocimiento del derecho al trabajo y de estabilidad en el empleo desde una perspectiva constitucional.²³¹

La homogeneización de las causas justificadoras de las diversas posibilidades reorganizadoras que el ET pone a disposición del empresario constituyó en su momento una de las novedades de la reforma del ET operada a través de la ley 11/1994 así como una verdadera quiebra con nuestra tradición histórica, que no puede reputarse de casual²³². En efecto, la dualidad originada por el RDL de Relaciones de Trabajo de 1977 posibilitó una diferenciación entre dos modalidades extintivas, una bipartición conceptual entre los despidos objetivos en individuales y colectivos²³³, así como la explicitación causal de los motivos de acogimiento de dicha modalidad extintiva. Y esta base causal subyacente aparece claramente reforzada como consecuencia de la reforma operada por la ley de 1994, en la que se produjo el desdoblamiento de las causas económicas y tecnológicas en causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, permitiendo la subsunción de la concreta

²³⁰ RIVERO LAMAS, J/ DE VAL TENA, A. L. (1997, 595).

²³¹ MONEREO PÉREZ, J.L/ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (1997, 29).

²³² PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F/ ROQUETA BUJ, R. (1997, 36).

²³³ MONTALVO CORREA, J. (1995, 320).

realidad causal en la noción ideal de empresa,²³⁴ y posibilitando reconducir la variedad causal al "*criterio o ratio económica inserta en el esquema normativo*".²³⁵

La mencionada enumeración causal ha ido acompañada de una paulatina delimitación sobre la base de criterios que guían el enjuiciamiento de la realidad empresarial examinada o, por decirlo con las palabras de la exposición de motivos de la Ley 35/2010 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, "*una mayor certeza tanto a trabajadores y a empresarios como a los órganos jurisdiccionales en su tarea de control judicial*". Así, la importancia que el legislador otorga a la concreción causal aparece reflejada por medio de la ejemplificación de aquellas situaciones que permiten identificar la concurrencia causal, ejemplificación que impide apreciar la existencia de un catálogo cerrado de situaciones, dejando cierto margen interpretativo que permite subsumir en el precepto legal realidades que siendo cuantitativamente diferentes, responderían a la finalidad recogida en el propio precepto.

Ahora bien, y con independencia del tratamiento normativo y del régimen sustantivo actual, no parece improcedente efectuar alguna consideración desde un punto de vista genérico, en relación con las últimas y recientes reformas legislativas que han marcado la evolución o, en su caso, han supuesto un punto de inflexión en la definición normativa del elemento causal. Y ello, en cuanto circunstancia que permita entender el tratamiento que la causalidad posee en la actualidad.

El principal punto de apoyatura del propósito descrito vino dado por la ley 11/1994 que amplió la enumeración causal, que aparecía reducida con

²³⁴ Apuntado por GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (357, 1995). Señala el mencionado autor que la enumeración causal responde al ideal de empresa, identificada como sujeto económico-social que a través de una adecuada combinación de una organización laboral desarrolla una actividad productiva rentable, o dotada de eficiencia económica.

²³⁵ MONEREO PÉREZ, J.L./FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (1997, 90).

anterioridad a las causas económicas y tecnológicas, a la par que dio un nuevo enfoque conceptual a la mencionada enumeración. Sobre la definición que la mencionada ley otorgó al hecho causal se han vertido numerosos comentarios, tanto desde el punto de vista de la concreta técnica legislativa utilizada como desde las posibilidades teóricas (y prácticas) de precisar la realidad económica y empresarial acotada por dicha causalidad. Así, y a los meros efectos expositivos, puede indicarse que la redacción estatutaria, derivada de la anterior de las leyes citadas distinguió un doble grupo de causas de acuerdo a la finalidad a la que las mismas se encontraban orientadas. La primera de las causas, de tipo económico, se conectaba con la finalidad de superar una situación económica negativa sin la característica de la irreversibilidad que pareció desterrar definitivamente la reforma, tal y como indicó al respecto la STS de 24 de abril de 1996 (RJ 1996/5297)²³⁶ y, por otra parte, el resto de causas dirigidas a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo a través de una más adecuada organización de los recursos.

Por decirlo con otras palabras, la enumeración de la concreta tipología causal no era objeto de una formulación aislada, sino que venía acompañada de la necesaria concurrencia de una conexión entre la causa y la finalidad perseguida a modo de acreditación: *"los criterios finalistas contenidos en la norma legal"*²³⁷ en suma, venía informada por la finalidad última o, lo efectivamente pretendido con la adopción de la medida extintiva,²³⁸ a modo de justificación. Consecuentemente, tal y como se ha indicado, nos hallaríamos ante una *"definición legal por resultado, o en atención a los objetivos perseguidos por la adopción de las medidas propuestas"*²³⁹ que acabaría produciendo un entendimiento falaz de la realidad causal, ya que de acuerdo a las formulaciones *"es posible entender que las causas únicamente concurren o existen cuando las medidas propuestas sean adecuadas a la*

²³⁶ SELLAS BENVINGUT, R. (2000, 153),

²³⁷ MONEREO PÉREZ, J.L/ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (1997, 90).

²³⁸ En este sentido DEL REY GUANTER, S. (2010, 118).

²³⁹ MONEREO PÉREZ, J.L/ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (1997, 93).

*superación de las medidas descritas o la consecución de los fines previstos por la ley*²⁴⁰, lo que acaba produciendo una identificación simplista y no siempre acertada entre la concurrencia causal y la producción de una serie de efectos.

Y era precisamente dicha forma de entender la causalidad, la que impedía aislar la realidad causal de acuerdo al tipo de razonamiento en el que nos encontráramos, o dicho de otra forma, nos hallábamos ante la imposible definición autónoma de las diversas causas *"pues el criterio finalista utilizado en su descripción es perfectamente intercambiable y fungible"* debiendo considerarse un error *"recurrir al dato teleológico con propósitos conceptuales"*²⁴¹.

Nos encontrábamos ante una realidad conceptual indeterminada en la que existía cierta confusión entre *"la significación de las causas que pueden fundar el despido y los efectos que han de derivar de las mismas"*²⁴²; o por decirlo con otras palabras, pese a la mención causal, el legislador no está aludiendo tanto a una causa como a los criterios de apreciación de las mismas en una diferenciación que ya resulta tradicional entre nuestra doctrina²⁴³. Todo ello, pese a la labor de diferenciación efectuada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo ejemplificada, entre otras, en su sentencia de 14 de junio de 1996 donde la causa económica en sentido estricto incide en los resultados de explotación de la empresa erigiéndose en una subespecie de la causalidad económica general.

²⁴⁰ RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J. (1994, 147).

²⁴¹ VALDÉS DAL - RE, F. (1994, 405).

²⁴² MARTÍNEZ EMPERADOR, R. (1995, 202).

²⁴³ RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J. (1994, 145).

1.2.2. La Ley 35/2010 de 17 de septiembre. La unificación normativa del despido por causas empresariales.

Tal y como se ha venido apuntando, la paulatina flexibilización del elemento causal ha sido una de las constantes que han venido marcando la evolución legislativa y jurisprudencial en el entendimiento de los despidos por causa empresariales, pasando de *"un rígido concepto de crisis económica manejado por la práctica administrativa"*²⁴⁴, a una progresiva elasticidad en la interpretación de la causa económica propiciada por las reformas estatutarias de 1994, 1997 y 2010, acompañada de la valoración jurisprudencial efectuada por nuestros Tribunales. De esta forma un segundo punto de apoyo en el *iter* evolutivo, diluido el rigor en la apreciación de la causalidad por la Ley 63/1997, vino determinado por la reforma operada por la Ley 35/2010 y su antecedente directo, el RD 10/2010, de 16 de junio, que unificó desde el punto de vista normativo, causalidad y finalidad, o dicho con otras palabras, la disociación y no completa coincidencia en ambos elementos, definición causal y finalidad del despido, heredadas como consecuencia de la intervención legislativa efectuada por la Ley 63/1997. En efecto, la precitada ley contiene una única definición legal común para ambos tipos de despidos, recogiendo en buena medida la configuración jurisprudencial efectuada por la STS de 14 de junio de 1996²⁴⁵. Decía el mencionado pronunciamiento, en una clásica distinción asumida por el legislador, que se debían distinguir *"cuatro esferas o ámbitos de afectación en los que puede incidir la causa o factor desencadenante de los problemas de rentabilidad o eficiencia que están en el origen del despido por motivos económicos: 1) la esfera o ámbito de los medios o instrumentos de producción («causas técnicas»); 2) la esfera o ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal («causas organizativas»); 3) la esfera o ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado («causas productivas»); y 4) la*

²⁴⁴ ALTÉS TÁRRAGA, J.A. (2009, 41).

²⁴⁵ RJ 1996/5162.

esfera o ámbito de los resultados de explotación («causas económicas», en sentido restringido)».

.- Causa económica.

La reforma operada por la Ley 35/2010 profundizó en la flexibilización de la causa económica como fundamento del mecanismo extintivo, a través de la ejemplificación de las circunstancias que posibilitan la comprensión de la concurrencia de una situación económica negativa.

Así, la presencia de la causa económica se identifica con la situación económica negativa, a diferencia del elemento finalístico que caracterizaba la regulación anterior, situación que puede ser acreditada, entre otras circunstancias, por la existencia de pérdidas actuales o previstas o por la disminución persistente del nivel de ingresos, debiendo conectarse dicha situación con la finalidad pretendida, es decir, impedir la afectación de la viabilidad de la empresa o su capacidad para mantener el volumen de empleo. Y es precisamente la enumeración ejemplificativa de las medidas que posibilitan acreditar dicha situación, la que permite hablar de una flexibilidad definitiva en el entendimiento de la causa económica. Dicho con un menor nivel de abstracción, la flexibilización causal no venía determinada en el contexto de la citada reforma, a mi entender, por la referencia a la existencia de pérdidas actuales o previstas, sino por la utilización “ejemplificativa” o positivización de situaciones maximalistas (y no tanto ejemplificativas) que engloban todo un elenco de situaciones intermedias no legalmente definidas, pero fácilmente subsumibles en la tipificación causal originada por la última de las reformas.

Tradicionalmente, se ha venido exigiendo, al margen del concreto enjuiciamiento *ad casum*, la concurrencia de una serie de notas que permitieran valorar la realidad económica empresarial y conectarla consecuentemente con la medida extintiva pretendida. Conexión que debería, en todo caso, ser examinada desde una perspectiva puramente funcional o,

a modo de instrumento, para la superación de una situación económica negativa. Notas tales como la realidad de la causa esgrimida, la objetividad o imputación empresarial de los hechos causantes o la suficiencia del propio elemento causal²⁴⁶, deberían entenderse como de necesaria concurrencia a los efectos del acogimiento de la modalidad extintiva analizada.

Ahora bien, esta necesaria concurrencia no resulta óbice para que la jurisprudencia haya modulado en buena medida, incluso con anterioridad a la nueva redacción de la causa económica otorgada por la Ley 35/2010, la presencia de tales notas. De esta forma, la existencia de una causa económica real y suficiente no evidenciaba incompatibilidad alguna con el carácter no definitivo de la situación económica empresarial. Así, los tribunales habían flexibilizado dicha exigencia, excluyendo la identificación de la misma con una situación de crisis definitiva e irreversible. Por ello la suficiencia no debía interpretarse en clave única y exclusiva de pérdidas en la cuenta de balances, siendo posible que su exteriorización se produjera a través de otras realidades ínsitas a la vida económica de la empresa. A título ejemplificativo, la disminución de beneficios (STSJ de Aragón de 27 de noviembre de 1996²⁴⁷), la situación de desequilibrio patrimonial, la desaparición de la mayor parte de los clientes, la reducción de la producción, eran situaciones típicas desde las cuales nuestros tribunales han valorado la concurrencia del elemento causal de tipo económico como presupuesto determinante del acto extintivo. Resulta paradigmática la STS de 14 de junio de 1996²⁴⁸ (RJ 1996/5162) en la identificación de la situación económica negativa, no como una situación de pérdidas sino, en sentido amplio con problemas de rentabilidad o eficiencia cuya acreditación le correspondería efectuar a la empresa. Es preciso igualmente destacar la STSJ de la Comunidad de Madrid de 22 de febrero de 2012,²⁴⁹ que alude a la posible concurrencia de distintas situaciones subsumibles en la noción de situación económica negativa, dado

²⁴⁶ GOERLICH PESET, J.M. (1994, 106).

²⁴⁷ AS 1996/4342.

²⁴⁸ RJ 1996/5162.

²⁴⁹ AS 2012/275.

que la causalidad económica no debe entenderse en términos de *numerus clausus*: *"Dados los términos flexibles y amplios con los que queda redactado el nuevo art. 51,1 ET en la LRMT , utilizando en la enumeración de las causas económicas la expresión "en casos tales" , no parece ofrecer duda es intención del legislador mantener un numerus apertus y no clausus de tales causas, pues la realidad es mucho más rica, enunciando las más significativas, pero dando cabida a otros supuestos no expresamente mencionados de situación económica negativa , como por ejemplo sería la pérdida de cuotas de mercado (STSJ La Rioja 12 septiembre 2006 (AS 2007, 532)); el descenso de ventas progresivo (STSJ Castilla-La Mancha 8 marzo 2007 (AS 2007, 2296)); la sensible y continuada disminución de pedidos (STSJ C. Valenciana 9 mayo 2006); la pérdida del único cliente (STSJ Cantabria 24 agosto 2006); resultados negativos de explotación (STSJ Navarra 31 enero 2000 (AS 2000, 100)); la disminución continuada de beneficios (STS C. Valenciana 22 diciembre 2005 (AS 2006, 992)); encarecimiento del crédito, incremento de costes, y dificultades de comercialización".*

La presencia de las notas anteriormente indicadas no sólo operaban a modo de guía para el análisis de la situación causal alegada por la empresa, sino que su presencia permitía observar el grado de flexibilidad existente a la hora de apreciar su concurrencia. En este contexto, la redacción otorgada a la tipología de despidos objetivos por motivaciones económicas por la Ley 35/2010 consiente advenir el entendimiento que el legislador tiene sobre las mismas, así como la exigencia de su concreta concurrencia.

La redacción de la tipología económica, como sustento que permita la adopción de la medida empresarial, exige un breve análisis del precepto en cuestión y, en concreto, de los diversos elementos que dotan de significado al mismo.

El elemento o presupuesto determinante, es decir, la situación que permite adoptar desde una perspectiva causal puramente económica la decisión extintiva venía determinada por la existencia de una situación económica negativa. El legislador define dicha situación sobre la base de una doble premisa: la posible afectación a la viabilidad de la empresa y la capacidad de mantener el nivel de empleo en la misma. Consecuentemente, debe existir una relación entre las pérdidas empresariales, aunque sea en el grado de previsión, y la viabilidad de la empresa o su capacidad para mantener el nivel de empleo²⁵⁰. El legislador optó por delimitar de forma precisa el juicio de conexión dentro de estrictos criterios de razonabilidad, excluyendo razonamientos judiciales basados en la oportunidad de la medida en cuanto contenido concreto del juicio de conexión previsto.

Dicho juicio de conexión se construye en derredor de dos supuestos ("en casos tales como..."), que permiten apreciar la presencia de una causa económica o, en sentido amplio, la situación económica negativa como presupuesto necesario.

El primero de ellos viene determinado por la existencia de pérdidas actuales o previstas, con lo que se viene a reconocer en el plano legal la posibilidad de acudir a despidos económicos preventivos, anticipando el momento en el que se produce la situación económica negativa. De esta forma, el legislador posibilita acudir al despido económico ante una situación de pérdidas futuras²⁵¹, con lo que el requisito de la actualidad en las mismas se diluye con la nueva literalidad legal. Este requisito de la actualidad, no está de más recordar, se erigía en auténticamente imprescindible a tenor de la legislación anterior, si bien el entendimiento de las medidas como coadyuvantes para la superación de una determinada situación entrañaba, tal y como se ha

²⁵⁰ En el sentido expuesto TÁRRAGA PÓVEDA, J. (2010, 173).

²⁵¹ DEL REY GUANTER, S. (2010, 119).

indicado, una cierta previsión de futuro fundada en expectativas razonables²⁵².

En cualquier caso, la redacción estatutaria aludía a una causalidad preventiva²⁵³, que posibilitaría la actuación empresarial con carácter previo a una definitiva o, por lo menos, más acentuada situación económica negativa por la que estuviera atravesando la empresa. Causalidad preventiva que, con anterioridad a la reforma del 2010, ya era apreciable en algún pronunciamiento judicial aislado, como el contenido en las STSJ de Navarra de 5 de septiembre de 2000 o Cantabria de 23 de mayo de 2000, en los que se aludía a hechos futuros como concreto contenido causal²⁵⁴.

El segundo de los ejemplos causales que posibilitaba acudir a la medida extintiva analizada venía dado por la disminución persistente en el nivel de ingresos, causa ésta que se sitúa próxima a la causa productiva en la medida en que ambas entroncarían con la disminución de las ventas o ingresos de la compañía. No obstante y a diferencia de estas últimas, se exigiría una afectación temporal de mayor duración,²⁵⁵ quedando englobada dentro de dicha previsión la disminución de los beneficios.

Dicho requisito cualitativo suponía dotar de consistencia a la causa económica, impidiendo la mera alegación formal de un razonamiento puramente económico que se evidencie desconectado de la finalidad que se persigue con el mismo, debiendo configurarse los despidos como una medida ponderada frente a la crisis. Ciertamente es que la mencionada conexión funcional se relajaba notablemente respecto a la regulación anterior en la que se aludía a la necesaria superación de la situación económica negativa de la empresa, condicionamiento este último suavizado por la jurisprudencia en el sentido de no exigir que el despido adoptado fuera por sí mismo una medida suficiente

²⁵² ALEMÁN PÁEZ, F. (2002, 365).

²⁵³ LÓPEZ GANDIA, J/ TOSCANI GIMÉNEZ, D. (2010, 298).

²⁵⁴ Citado por FERNÁNDEZ BERNAT, J.A. (2003, 567).

²⁵⁵ LÓPEZ GANDIA, J/ TOSCANI GIMÉNEZ, D. (2010, 299).

para superar la situación crítica en la que el proyecto empresarial pudiera encontrarse²⁵⁶.

Por su parte, la acreditación de dicha situación se producirá de ordinario a través de las cuentas de resultados o del balance siquiera provisional del año en curso. Más difícil de acreditar parece sin embargo la fórmula aludida de pérdidas previstas que, por su valor de futuro, la acreditación deberá situarse a nivel provisional.

La última de las exigencias contenidas en el texto estatutario para la implementación del despido colectivo fundado en causas económicas venía determinada por la necesaria justificación de la medida desde una perspectiva de razonabilidad, siendo necesaria que su adopción estuviese destinada a preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado. Esta justificación final parece situarse en una perspectiva disonante y menos exigente con el requisito cualitativo explicitado en el párrafo anterior, relacionado con la afectación de la viabilidad empresarial o con la capacidad para mantener el volumen de empleo, pudiendo llegar a implicar una cierta contradicción²⁵⁷, que permite apreciar “*el refuerzo de la dimensión preventiva y las mayores dosis de flexibilidad*” en el tratamiento de la causalidad al “*no exigir que esté en peligro la viabilidad futura de la empresa.*”²⁵⁸ En efecto, dicha exigencia de razonabilidad debe entenderse en términos de adecuación de la medida empresarial adoptada como la finalidad pretendida desde el punto de vista de la correcta gestión empresarial.²⁵⁹ Esta razonabilidad encuentra un doble punto de apoyatura no sólo en la racionalidad de la medida de acuerdo a las prácticas del buen comerciante sino en la ponderación de la medida a la luz del principio de estabilidad en el empleo

²⁵⁶ De esta forma, para el Tribunal Supremo la superación de la crisis no podría interpretarse literalmente en MARTÍN JIMÉNEZ, R/ MATEOS BEATO, (2004, 560).

²⁵⁷ GUTIÉRREZ SOLAR- CALVO, B. (2011, 170).

²⁵⁸ GOÑI SEIN, J.L. (2011, 20).

²⁵⁹ BLASCO PELLICER, A. (2010, 66)

como principio de encaje constitucional o concreta proyección del derecho al trabajo ex artículo 35 de la CE²⁶⁰.

Dicha previsión debe entenderse en términos de respeto al ámbito de decisión empresarial, esto es, *"al margen de decisión que corresponde al empresario en la gestión de la empresa"*²⁶¹; o, por indicarlo con otros términos, el respeto al margen de discrecionalidad empresarial en la elección de la medida concreta, sin que puede sustituirse esta razonabilidad como parámetro que evite una elección arbitraria, en una elección de oportunidad en la que el criterio del juzgador acabe suplantando la capacidad electiva del empresario dentro de los márgenes indicados.

Por último, y de acuerdo al ámbito de afectación de las causas, viene señalándose con entendimiento unánime que la causa económica debe proyectarse sobre la totalidad del proyecto empresarial. Por ello, no basta que la situación negativa *"afecte a una sección o establecimiento empresarial, aunque esté dotado de cierta autonomía organizativa,"* tal y como refiere la STS de 14 de mayo de 1998²⁶², resultando imposible disgregar la empresa a estos efectos, en distintas secciones o líneas de actividad y ello, tal y como explicita la STS de 14 de mayo de 1998,²⁶³ porque con la adopción de esta medida lo que se pretende es superar la situación deficitaria de la entidad y conseguir un adecuado funcionamiento de la misma.

Centrándonos ahora en resto de causas indicadas procede indicar lo siguiente:

²⁶⁰ MARTÍNEZ MOYA, J. (2011,105).

²⁶¹ DESTADO BONETE, A/DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2010, 93).

²⁶² Analizada por DESDENTADO BONETE, A. DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2002, 145).

²⁶³ RCUD 3539/1997.

.- Causa técnica.

La valoración del razonamiento técnico como el presupuesto causal se ha movido en torno a la idea de la necesaria renovación del aparato productivo empresarial como consecuencia de la obsolescencia del sistema tecnológico utilizado por la empresa²⁶⁴. Alrededor de esta idea se ha ido consolidando, en definitiva, una serie de supuestos más o menos paradigmáticos que posibilitarían el acogimiento de este razonamiento como base de la medida pretendida, supuestos que se moverían en torno a la inversión en la renovación de los bienes de capital que utiliza la empresa en la ordenación del proceso productivo²⁶⁵, y que en la actualidad se pueden reconducir a los cambios en sentido amplio de los medios materiales²⁶⁶ precisos para elaborar bienes y servicios. De este modo se superaba, definitivamente, el entendimiento de la necesidad imperiosa de la transformación del aparato productivo más allá de una mera conveniencia empresarial²⁶⁷.

La necesaria incidencia de esta causa en el ámbito de los instrumentos o medios de producción aparece ejemplificada en la redacción otorgada por la reforma estatutaria del 2010 en la que efectivamente se cita como ejemplo el "cambio, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción."

En consecuencia, se hace necesario para el acogimiento de dicha causalidad extintiva una inversión de la empresa en la introducción de innovaciones tecnológicas o modificaciones técnicas que justifiquen la amortización del puesto de trabajo²⁶⁸. Nos encontramos ante las causas que atenderían a la adopción de medidas tendentes a la *"racionalización de la organización*

²⁶⁴ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F/ ROQUETA BUJ, R. (1997, 40).

²⁶⁵ TOVILLAS ZORZANO, J.J. (1995, 345).

²⁶⁶ Que junto con los medios humanos y los propiamente económicos dotaría de sustantividad al entramado empresarial. De esta forma, TÁRRAGA POVEDA, J. (2010, 175).

²⁶⁷ RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, J. (1994, 132).

²⁶⁸ En este sentido, LÓPEZ GANDÍA, J/ TOSCANI GIMÉNEZ, D. (2010, 301).

productiva a través de la incorporación de los necesarios avances tecnológicos, en orden a una mejora de competitividad²⁶⁹".

Causas organizativas.-

Con carácter general, se han asociado tradicionalmente las causas organizativas a las decisiones empresariales tendentes a ajustar la estructura de la empresa a las líneas de producción que desarrolla con la finalidad de dotar a la empresa de una organización más racional de los recursos productivos²⁷⁰. Se trata de una razón extintiva próxima a las causas técnicas pues, tal y como se ha indicado, ambas inciden sobre la ordenación del proceso productivo,²⁷¹ directamente relacionadas con el cambio en las circunstancias relacionadas con los sistemas y métodos de trabajo del personal. La definición de la causa organizativa dada por la Ley 35/2010 aludía a *"cambios entre otros en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal,"* acogiendo con ello precisiones jurisprudenciales que ya aparecían en pronunciamientos como el Tribunal Supremo de 14 de junio de 1996,²⁷² y en otros posteriores que incidían desde una perspectiva organizativa en la necesaria adaptación entre la *"estructura de la empresa, así como los medios personales y materiales de que dispone, a las líneas de producción que desarrolla²⁷³".*

Causas productivas.-

Por último, y directamente relacionado con la colocación en el mercado de productos y servicios y con la demanda de los mismos, se alude al razonamiento productivo como catalizador de la medida extintiva a adoptar cuando la dinámica empresarial exige una reducción o transformación en la

²⁶⁹ MONEREO PÉREZ J.L/ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (1997, 91).

²⁷⁰ Tomo como referencia la definición de causa productiva desarrollada por PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F/ ROQUETA BUJ, R. (1997, 41).

²⁷¹ TOVILLA ZORZANO, J.J. (1995, 345).

²⁷² RCU 3099/1995.

²⁷³ MARTÍNEZ EMPERADOR, R. (1997, 367).

producción para adaptarse a las necesidades del mercado. En definitiva, esta concreta modalidad causal afectaría al volumen y a los costes de la empresa, en orden a su adecuación a las exigencias del mercado, *"impidiendo que se ponga en peligro, de mantenerse su desajuste, la actuación competitiva de la empresa"*²⁷⁴. Existe una causa productiva cuando se produce una pérdida o disminución de encargos, en cuanto a que dicho elemento produce en última instancia una reducción del volumen de producción contratada, tal y como se encarga de recordar la STS de 16 de septiembre de 2009²⁷⁵.

Las tres últimas causas mencionadas debían ponderarse en relación con la finalidad pretendida de acuerdo a un juicio de conexión que tiene como criterio determinante *"contribuir a mejorar la situación de la empresa o a prevenir una evolución negativa de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda"* con lo que indudablemente se introducía un elemento flexibilizador al permitir acudir a dicha medida para prevenir una evolución negativa futura o un mal funcionamiento actual.

Como es apreciable, las causas no se encuentran definidas desde una perspectiva estrictamente material, sino que *"el legislador aporta normativamente elementos teleológicos para que el intérprete proceda a su identificación concreta"*²⁷⁶, esto es, *"límites para que la decisión extintiva no se pueda apoyar únicamente en iniciativas libres de mejora de los resultados empresariales"*²⁷⁷.

Las tres causas mencionadas deberán conectarse desde una perspectiva funcional tanto con la previsión como con la situación ya acaecida o actual, pudiendo por ende hacerse frente mediante la medida extintiva a una

²⁷⁴ MARTÍNEZ EMPERADOR, R. (1997, 367).

²⁷⁵ RCUD 2027/2008.

²⁷⁶ MONEREO PÉREZ, J.L./ FÉRNANDEZ AVILÉS, J.A. (1997, 93).

²⁷⁷ GUTIERREZ SOLAR -CALVO, B. (2010, 173).

situación de viabilidad amenazada o a dificultades actualizadas en términos de eficiencia o rentabilidad²⁷⁸.

A diferencia de los supuestos amparados en una causalidad económica, si la base causal es de tipo organizativo, productivo o tecnológico se produce, de acuerdo a la exposición didáctica efectuada por la STS de 13 de febrero de 2002²⁷⁹, *"una situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afectan y se localizan en puntos concretos de la vida empresarial, pero que no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino exclusivamente en el espacio en que la patología se manifiesta"*, por lo que, concluye el mencionado pronunciamiento, *"el remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes"*.

1.2.3. La Ley 3/2012 de 6 de julio. La nueva configuración del despido por causas empresariales.

1.2.3.1. La realidad causal.

La última de las reformas habidas en la definición causal analizada ha venido determinada por el RD 3/2012 y la posterior ley convalidadora que, en efecto, no sólo modificó la redacción legal sino que supuso una limitación *a priori* de las posibilidades de control judicial de la causalidad que a modo de presupuesto normativo ha caracterizado la figura del despido colectivo.²⁸⁰ Así, la eliminación del texto legal en la descripción de la causa económica, las referencias a la afectación de la viabilidad empresarial o a la capacidad del proyecto empresarial para mantener el volumen de empleo como parámetros en los que debía enmarcarse la situación negativa, y sobre todo la eliminación de la referencia a la razonabilidad (que no oportunidad) de la medida

²⁷⁸ En estos términos se manifiesta DESDENTADO BONETE, A/ DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2011, 95).

²⁷⁹ RCU 1436/2001.

²⁸⁰ APARICIO TOVAR, J. (2012,155).

empresarial para preservar o favorecer la posición competitiva en el mercado, conexión de funcionalidad, como elemento nuclear del enjuiciamiento a realizar, inciden en la progresiva eliminación de todos aquellos parámetros que el legislador había utilizado para delimitar y precisar la labor de enjuiciamiento causal atribuido a los órganos administrativos o judiciales competentes. De esta forma, se ha indicado que la reforma normativa acaecida elimina cualquier juicio de razonabilidad o proporcionalidad en el examen de la concurrencia causal, por lo que en principio *"el control judicial queda reducido a verificar que la causa alegada está relacionada con la competitividad, productividad u organización técnica"*²⁸¹. Ciertamente es que la Ley 3/2012, en relación con su antecedente normativo, introduce un término de comparación respecto de los trimestres correspondientes del año anterior desde el punto de vista del descenso de los ingresos o de las ventas como alusión ejemplificativa de la concurrencia causal, esto es, como un intento de predeterminación normativa que ayude a eliminar la inseguridad valorativa que a modo de intención indisimulada en la exposición de motivos de la propia norma persigue el legislador.

Ahora bien, aunque es cierto que la última reforma estatutaria ha eliminado el sentido finalista que predeterminaba y orientaba necesariamente la realidad causal, ello no quiere decir que el examen causal deba prescindir del elemento de conexión funcional entre la realidad empresarial y la concreta extinción contractual pretendida. Esto es, *"lo que se ha querido eliminar no es la conexión de funcionalidad, sino su formulación en términos de objetivos futuros de «superación» de la situación negativa o de «preservar/favorecer» la posición competitiva de la empresa en el mercado"*²⁸².

Dicha interpretación es mantenida de forma certera, en mi opinión, por algunos pronunciamientos emitidos. De esta forma, la SAN de 21 de

²⁸¹ TOSCANI GIMÉNEZ, D. (2012, 57).

²⁸² DESDENTADO BONETE, A. (2012, 1).

noviembre de 2012²⁸³ señala que la medida empresarial basada en una causalidad económica debe superar un triple juicio, que viene marcado: (i) por la acreditación de la situación económica negativa, (ii) la determinación de la manera en que los contratos que se quieren extinguir se ven afectados por dicha situación y, (iii) finalmente, por la prueba de la adecuación de las medidas a adoptar, lo que en definitiva supone efectuar un juicio de ponderación exigido por el mandato del artículo 4 del Convenio 158 de la OIT.

Parece pues, de acuerdo al pronunciamiento examinado y, pese al automatismo pretendido por el legislador, que la nueva regulación causal exige la presencia de una necesaria valoración judicial. Y ello no sólo por el aspecto formal de la posible impugnación causal a través del procedimiento indicado en el artículo 124 de la LJS, sino por la propia imposibilidad de que el legislador pretenda cuestionar la intangibilidad de la función judicial²⁸⁴, como parámetro que deba guiar la propia función jurisdiccional de índole necesariamente valorativa. Recuérdesse en este punto que, tal y como acertadamente se ha indicado, *"el margen de discrecionalidad en la decisión judicial es inherente a una función técnica que opera con conceptos jurídicos indeterminados; y más aún, cuando se introduce el elemento preventivo como criterio que ha de ser atendido en el proceso de decisión jurídica"*²⁸⁵. En definitiva, y de acuerdo a autorizadas voces,²⁸⁶ *"una lectura constitucional de la causa prevista legalmente desemboca a nuestro juicio en la ineludible pervivencia de la relación de causalidad entre la situación económica de la empresa y que la misma encuentra su origen en un excedente de empleo en la empresa, así como la necesaria proporcionalidad en intensidad en esa constatación de relación de causalidad"*; o, dicho con otras palabras, aunque el juicio de causalidad substantiva no será el mismo que el aplicable con la normativa anterior en el que se tendía a valorar la necesidad objetivamente acreditada de amortizar el puesto de trabajo, dicha valoración subsistirá y

²⁸³ AS 2012/2409.

²⁸⁴ MIÑARRO YANINI, M. (2012,54).

²⁸⁵ MONEREO PÉREZ, J.L. (2012, 324)

²⁸⁶ CRUZ VILLALÓN, J. (2012, 235).

deberá versar necesariamente sobre la concordancia o congruencia entre la causa formalmente alegada y la necesidad de la medida extintiva²⁸⁷. Opinión que compartimos plenamente en el necesario examen del nexo de causalidad sobre la base dada por la propia proporcionalidad de la medida o la inexistencia de dolo, fraude, abuso de derecho o, en sentido amplio, elemento alguno de antijuridicidad en la adopción de la medida. Ahora bien, no es unánime la posición mantenida por nuestra doctrina, que entiende que la eliminación de la conexión de funcionalidad no puede ser sustituida por un juicio de razonabilidad o proporcionalidad ya que el legislador pretende que: *"la valoración de las causas de los despidos económicos sea exclusivamente una valoración de hechos y no de metas u objetivos económicos"*²⁸⁸.

1.2.3.2. La determinación temporal.

En orden a una comprensión completa y acabada de los presupuestos determinantes de la noción de despido colectivo como centro de imputación normativa del procedimiento colectivo frente a los objetivos de base individual, el elemento numérico o cuantitativo debe ponerse en conexión con el arco temporal de referencia en el que las extinciones finalmente se desenvuelven. De esta forma, la literalidad estatutaria nos habla de un periodo de 90 días a los efectos de computar el número de extinciones que originan el presupuesto determinante del despido colectivo. Tal y como se ha indicado por doctrina autorizada, la cabal comprensión de la referencia temporal indicada proyecta, en clave de problemática, un doble supuesto que resulta posible sintetizarlo en (i) la proyección unidireccional o bidireccional del referido arco temporal a los efectos de computar el número de extinciones originadoras de esta modalidad extintiva y (ii) las consecuencias de las extinciones que sobrepasen los mencionados umbrales.

²⁸⁷ FALGUERA BARÓ M.A. (2013, 66).

²⁸⁸ MARTÍN VALVERDE, A. (2013, 7).

La primera de las cuestiones viene determinada por el siguiente enunciado. Si cada extinción abre su propio periodo de cómputo²⁸⁹, se debe proyectar dicho periodo temporal de referencia hacia el pasado, hacia el futuro o en ambas direcciones. Expresada dicha idea con otras palabras²⁹⁰, junto a la doctrina que considera que la Ley se refiere a períodos sucesivos de noventa días, entendiéndose que el período inicial se abre con el primer despido, y debiendo por ello acumularse a éste los sucesivos despidos a los efectos de determinar la legalidad de las extinciones que se efectúen con posterioridad, otros autores opinan que, si bien la ley no establece el *dies ad quem* para el cómputo de dicho período de 90 días, en todo caso este cómputo operaría hacia atrás.

Vaya por delante que la doctrina judicial ha señalado, mayoritariamente, que dicho periodo de referencia debe proyectarse en ambos sentidos. De esta forma, razona la mencionada línea judicial²⁹¹, el último apartado del artículo 51.1 ET introduciría un factor temporal que obligaría a extender la cuenta hacia atrás y hacia delante. Así, producidos unos concretos despidos en un día determinado, mirando hacia atrás habrá que observar si en los precedentes ciento setenta y nueve días se han producido otros despidos por la misma tipología causal y, mirando hacia delante, habrá que observar si en los sucesivos ciento setenta y nueve días se producen otros despidos por idéntica causalidad. De forma clarificadora se pronuncia a este respecto y en clave puramente judicial la STSJ de Cataluña de 16 de diciembre de 2011, cuya literalidad viene a señalar que, *“en tal sentido, el trabajador puede aducir despidos que en el momento del suyo desconozca y que hasta el momento del juicio puedan producirse, pues si aduce la nulidad por existir fraude por "goteo" (art.51.1 último párrafo), nada impide que hechos nuevos o de nueva noticia accedan al acto de la vista (art.286 LEC y art.85 y 88LPL), respetando así el tenor literal de la norma que habla de períodos sucesivos*

²⁸⁹ ALTÉS TARRAGA, J.A. (2009, 29).

²⁹⁰ STSJ de Catalunya de 19 de julio de 1995 (AS 1995/3118).

²⁹¹ Así por ejemplo se manifiesta la STSJ de Andalucía de 21 de mayo de 1997 (AS 1997/1918).

de 90 días, sin que el despido del trabajador ponga fin a dichos períodos, que siguen corriendo con independencia de su despido y que sólo detienen "el marcador" que computa las extinciones, cuando en un período de 90 días no se produzca en la empresa extinción alguna computable", pronunciamiento que sancionan con la nulidad el despido enjuiciado por haberse sobrepasado el número legalmente establecido para proceder a los trámites propios del despido colectivo en los precedentes 179 días.

Dicha interpretación coincide con la lectura estatutaria efectuada por un sector doctrinal que entiende que *"habrá que admitir que cualquier intervalo de 90 días podrá ser elegido como periodo de referencia"*²⁹², pudiendo el trabajador afectado mirar tanto hacia atrás como hacia delante, pues *"en el artículo 51.1, último párrafo, caben ambos supuestos: el que podríamos llamar de «períodos sucesivos entre sí» y el de «períodos sucesivos a uno previo» en que ya se hubiera producido un despido colectivo"*²⁹³, para determinar si esos despidos objetivos individuales pueden llegar a considerarse como colectivo a los efectos analizados. En definitiva, la combinación de ambas interpretaciones, judicial y doctrinal, conllevaría el necesario entendimiento que basta que la extinción en cuestión se haya producido en un día de los noventa, dentro de cuyo período hayan existido antes, coetánea o posteriormente, otras extinciones computables cuya suma supere el correspondiente umbral para entrar en el terreno de la necesaria tramitación procedimentalizada del despido colectivo.

Dos son los argumentos que, de acuerdo a dicho sector judicial y legal, permiten una inteligencia en tal sentido.

El primero de ellos vendría determinado por la Directiva Comunitaria 98/59 del Consejo de 20 de julio, y en concreto, a la expresión "en un periodo de

²⁹² GOERLICH PESET, J.M. (1994,129).

²⁹³ STSJ de la Comunidad Foral de Navarra de 29 de marzo de 2010 (Rec. 70/2010).

90 días (o de 30 según el caso)”²⁹⁴, por lo que no se haría distinción alguna del momento a partir del cual hay que verificar el cómputo de los 90 días. Y ello unido a que la interpretación hacia atrás pudiera, por su carácter restrictivo, producir una pérdida de eficacia o poner en cuestión el efecto útil de la misma.

El segundo de los argumentos²⁹⁵ vendría alumbrado por los valores constitucionales a los que debe ajustarse toda interpretación. De esta forma, no se entendería la discriminación que se podría producir entre determinados trabajadores sujetos en realidad todos ellos a un despido colectivo con fundamento en las mismas causas, si tan sólo debieran estimarse nulos por fraudulentos los que sobrepasaran un determinado número dentro del mismo período, quedando convalidados los anteriores.

Ambos argumentos conllevarían, insistimos, la apertura de un período sucesivo de 90 días tanto hacia adelante como hacia atrás en el que se computarán la totalidad de extinciones; si en tal cómputo se llegase a los límites del art. 51.1 del ET habría la necesidad de exigir el cumplimiento de los trámites del despido colectivo para todas ellas²⁹⁶.

Como referíamos con anterioridad, otro sector doctrinal, sustentado igualmente en una sólida línea judicial,²⁹⁷ considera que el cómputo ha de llevarse a cabo tan sólo hacia atrás, es decir, computándose todas las extinciones llevadas a cabo dentro de los noventa días anteriores,²⁹⁸ sin que ello signifique la correspondencia de dicho periodo con el trimestre natural de un determinado año, dado que éste sería el criterio que más se ajustaría a la finalidad perseguida con el establecimiento del periodo de referencia de los

²⁹⁴ STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de julio de 2000 (RS 2092/2000).

²⁹⁵ Que podemos encontrar en la STSJ de Catalunya de 19 de julio de 1995 (AS 1995/3118).

²⁹⁶ En tal sentido concluye la STSJ de Cantabria de 24 de marzo de 1997 (Rec. 239/1997).

²⁹⁷ STSJ de Catalunya de 4 de octubre de 2010 (AS 2010/2350).

²⁹⁸ MONTALVO CORREA, J. (1995, 348).

90 días, pudiendo incluso encontrarnos con interpretaciones que consideran que el mencionado lapso temporal debería computarse tan sólo hacia delante.²⁹⁹

En mi opinión, y al margen insisto de la doctrina judicial mayoritaria que se ha decantado por la primera de las soluciones doctrinalmente apuntadas, el cómputo numérico de las extinciones a tener en cuenta debería abarcar tan sólo los 90 días contados hacia atrás³⁰⁰. Y ello no sólo por un argumento que vendría dado por la literalidad de la propia norma³⁰¹, sino por tratarse de las únicas extinciones que podrían ser válidamente impugnadas³⁰² no encontrándose consumadas pese a los intentos de salvar u obviar dicha cuestión mediante una posible e hipotética petición de daños de acuerdo a lo razonado por la STSJ de Castilla León de 18 de marzo de 2009³⁰³. En este sentido, precisamente parecen postularse los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo. Así, la STS de 23 de abril de 2012³⁰⁴ emite dos consideraciones de relevancia en relación a la temática analizada. La primera es la fijación del potencial despido enjuiciado como término final de la comparación o *dies ad quem* para el análisis numérico enunciado. De esta forma parece quedar atrás la consideración de que cualquier intervalo de 90 días pudiera ser utilizado para el examen de la mencionada realidad numérica, lo que evidentemente conlleva importantes dosis de inseguridad jurídica. La segunda consideración de relevancia viene dada por la interpretación de la previsión legal antifraude de los periodos sucesivos de 90

²⁹⁹ BRIONES GONZÁLEZ, C, cit. por ALTÉS TARRAGA, J.A. (2009, 29) de esta forma igualmente parece referirse la STSJ de Catalunya de 7 de julio de 2004 cuanto señala que *"Ciertamente en la forma de computar los períodos de noventa días a que se refiere el aludido art. 51.1 reside la clave de la cuestión debatida. Si dicha norma se refiere a períodos «sucesivos», indudablemente el cómputo ha de hacerse hacia adelante partiendo del primer despido, iniciándose de nuevo al producirse otro despido, de tal modo que si entre uno y otro despido transcurre un lapso superior a noventa días se rompe la sucesión de los períodos a computar"*.

³⁰⁰ En este sentido MONTALVO CORREA, J. (1995,348).

³⁰¹ MARTÍN JIMÉNEZ, R/ MATEOS BEATO, A. (2004, 557).

³⁰² De esta forma, MARTÍNEZ EMPERADOR, R. (1997, 363).

³⁰³ JUR 2009/366230.

³⁰⁴ RJ 2012/8524.

días. El Tribunal Supremo fija que dicha sucesión toma como referencia la extinción o despido enjuiciado y, consiguientemente, la sucesividad viene dada por el periodo de 90 días hacia atrás que dicha extinción inaugura, lo que supone, a modo de derivada y tal y como indica el mencionado pronunciamiento, la inexistencia de plazos movibles o dinámicos en el enjuiciamiento numérico.

Se aduce en sentido contrario que³⁰⁵ no acabaría de entenderse que determinados trabajadores para acreditar naturaleza colectiva de la decisión empresarial tomada puedan valerse de decisiones anteriores y estos no puedan hacer lo propio con futuras extinciones, lo cual, a mi entender, remite a una problemática cualitativamente diferenciada, que no incide en la interpretación de los umbrales numéricos determinados a nivel estatutario, sino a las consecuencias de la superación de los mencionados umbrales, y aún más específicamente a la impugnación de las posibles situaciones extintivas.

La segunda de las cuestiones anteriormente referidas y que, anticipamos conlleva una declaración de nulidad de dichas extinciones, se desdobra, no obstante, en un doble interrogante que sintetizaremos de la siguiente manera: consecuencias de sobrepasar el límite numérico-temporal y concretas extinciones sobre las que se despliega el efecto de nulidad extintiva.

La primera de las cuestiones así enunciadas aparece despejada por la propia literalidad del art. 124 de la ley adjetiva procesal, que concluye con rotundidad en torno a la declaración de nulidad³⁰⁶, de oficio o a instancia de parte, del acuerdo empresarial de extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, si no se

³⁰⁵ En tal sentido NORES TORRES, L.E. (2000, 65).

³⁰⁶ Nulidad que el TS ha aplicado en numerosas ocasiones. En este sentido SSTs 15 de junio de 1992; 26 de septiembre de 1992 citadas por DESDENTADO BONETE, A/ DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2002, 149).

hubiera seguido el necesario procedimiento colectivo, en los supuestos en que esté legalmente previsto. Nulidad predicable de aquellas extinciones que no vinieran amparadas en nuevas causas extintivas, diferentes a las anteriormente alegadas, sancionándose la ausencia de forma del acto extintivo³⁰⁷.

La segunda de las cuestiones anteriormente apuntadas viene dada por la posibilidad de extender la declaración de nulidad no sólo a las extinciones producidas una vez acaecido el supuesto de hecho y directamente impugnadas, sino a las anteriores extinciones, agrupando todas ellas a los efectos de entenderse inobservada la obligación de seguir la tramitación colectiva.

Diversas opciones doctrinales y judiciales sirven de soporte a la pluralidad interpretativa que el anterior de los interrogantes plantea.

Una primera línea interpretativa considera que el efecto de la nulidad tan solo debe recaer sobre aquellas extinciones directamente impugnadas, no pudiendo extenderse dicha consecuencia a las anteriores extinciones pese a que las mismas se hayan producido dentro del margen temporal de los 90 días.

Dicha opción encuentra sólidos argumentos procesales y sustantivos. Entre los primeros, la premura en la extinción que impone el instituto de la caducidad, que obligaría a plantear la impugnación con anterioridad al examen de las extinciones producidas durante ese lapso temporal y, entre los segundos, la imposibilidad de reexaminar situaciones jurídicas ya

³⁰⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. (1995, 407).

fenecidas, esto es, extinciones contractuales acaecidas con anterioridad y que no han sido debidamente impugnadas por sus interesados³⁰⁸.

Una segunda línea interpretativa considera que la nulidad debe predicarse respecto de todas las extinciones que, superando los umbrales aludidos se hayan producido en el periodo de referencia; y ello con apoyatura en determinados pronunciamientos judiciales que se han manifestado en tal sentido,³⁰⁹ por encontrarse al amparo del fraude de ley o, incluso, por tratarse de un acto *contra legem*. Dicha opción orillaría la problemática jurídico-procesal subyacente basándose en la posibilidad de implementar nuevas acciones respecto a las anteriores extinciones, aun partiendo de la firmeza de las sentencias que las hubieran enjuiciado con anterioridad, sin que el efecto de cosa juzgada fuera de aplicabilidad en tales casos por cuanto existiría una diversidad del *petitum* y de la *causa petendi* en ambos procedimientos, pudiendo incluso acudir al recurso de revisión como vía extraordinaria que permitiera, bajo una interpretación forzada de los motivos expresados en el art. 510 de la LEC, enjuiciar nuevamente tales supuestos³¹⁰. Por su parte, razona la misma línea doctrinal que, en el caso de que la sentencia no fuera firme, el enjuiciamiento de las anteriores extinciones podría alcanzarse bien por vía ampliatoria de la demanda o como consecuencia de la posibilidad de introducir hechos nuevos en los procesos abiertos al amparo de lo dispuesto en el art. 80.1c) *in fine*³¹¹. Desde esta perspectiva, se ha defendido, igualmente, la posibilidad de accionar a través de un procedimiento ordinario y no de la específica modalidad procesal de despido, y ello para obtener la declaración de incumplimiento de los trámites consignados en el artículo 51 del ET,³¹² aún cuando, tal y como se ha reconocido, determinadas extinciones

³⁰⁸ De esta forma se manifiestan sentencias tales como STSJ de Cantabria de 12 de diciembre de 2005 (RS 1079/2005). De igual forma, MARTÍNEZ EMPERADOR, R. (1997, 363).

³⁰⁹ En este punto STSJ de Andalucía (Málaga) de 21 de mayo de 1997; en este mismo sentido parece posicionarse la STSJ de la Rioja de 29 de marzo de 2009 (RS 70/2010).

³¹⁰ Ambas posibilidades en NORES TORRES, L.E. (2000, 69).

³¹¹ NORES TORRES, L.E. (2000, 68).

³¹² En tal sentido ALTÉS TÁRRAGA, J.A. (2009, 31).

inamovibles ya no se les pudiera adjetivar de nulas³¹³. Estos obstáculos procesales desaparecerían, de acogerse la solución apuntada por algún pronunciamiento de instancia, que alude al denominado efecto lázaro o resurrección de los contratos de trabajos anteriormente extinguidos por la posterior comprobación del fraude consistente en la omisión del procedimiento de despido colectivo³¹⁴.

1.2.3.3. La determinación numérica.

El art. 51 del texto estatutario alude al marco de extinciones computables señalando que se contabilizarán aquellas extinciones habidas en el periodo de 90 días, siempre y cuando cumplan determinados condicionamientos que el precepto estatutario fija en: (i) que se produzcan por iniciativa del empresario, (ii) que traigan como consecuencia otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos a los contemplados en el art. 49.1c) del ET y (iii) que el número de dichas extinciones sea superior a 5.

El juego combinado de las previsiones descritas plantea algún problema interpretativo que conviene abordar.

(i) Extinciones que se producen por iniciativa del empresario.

En primer lugar, y por lo que se refiere al primero de los condicionamientos aludidos, iniciativa extintiva empresarial, deberemos comenzar indicando que dicha expresión alude a un significado más estricto que el de aquellas extinciones basadas en una pura decisión empresarial. Por ello y junto a las extinciones empresariales directas o por decisión del mismo, deberán tenerse en cuenta aquellas que tienen su origen en el empresario pese a que no se

³¹³ ALTÉS TÁRRAGA, J.A. (2009, 31).

³¹⁴ SJS de Badajoz de 17 de septiembre de 2004 (AS 580/2004). Solución puntual que debe descartarse con carácter general por la imposibilidad de reavivar situaciones fenecidas en el tiempo.

exterioricen como adoptadas estrictamente por el empresario, por el trabajador o de mutuo acuerdo.

La disyuntiva se plantearía, como es dable a entender, en todos aquellos casos en los que las extinciones, si bien formalmente concretadas a través del mutuo acuerdo empresario trabajador, obedecen en origen a una voluntad empresarial expresada en tal sentido.

Supuesto igualmente problemático se plantea respecto de todos aquellos despidos declarados como improcedentes o cuya improcedencia ha sido reconocida por el empresario; es decir, el supuesto típico de despido individual subjetivo improcedente³¹⁵. Esta última solución ha posibilitado las reducciones de personal fuera del artículo 51, operando como “mecanismo de reestructuración de plantillas”,³¹⁶ al margen de negociación sindical, y constituyéndose en “una vía más flexible, menos costosa e individualizada³¹⁷” que la otorgada por la tramitación del correspondiente procedimiento de regulación de empleo, por lo que con independencia de la vía utilizada habría que estar a la realidad material subyacente.

No obstante lo señalado con anterioridad, las razones que avalarían excluir este tipo de extinciones del cómputo a los efectos señalados vendría dadas, tal y como señala la STS de 22 de enero de 2008,³¹⁸ por la inexistencia en estos supuestos de causa empresarial alguna que fundamente la decisión extintiva empresarial, no pudiendo apreciarse la concurrencia de la modalidad extintiva analizada sino existen ni aparecen ninguna de estas causas.

Cierto es, a tenor de lo indicado, que esta vía provocaría un escape de la tramitación formal de los procedimientos de regulación de empleo, ya que la práctica diaria eleva a la categoría de supuesto típico dicha actuación

³¹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (2009, 7).

³¹⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (2009, 7).

³¹⁷ LAHERA FORTEZA, J. (2010, 758).

³¹⁸ RJ 2008/2074.

empresarial, no entendiéndose muy bien como extinciones que derivan de bajas incentivadas o, en sentido amplio, de planes de prejubilación computan a estos efectos mientras que el despido formalmente disciplinario reconocido como improcedente por voluntad empresarial aparece excluido. Ahora bien, ello no se debe, a mi entender, a una laxitud interpretativa, ni a un elástico entendimiento por nuestros Tribunales de este tipo de extinciones, sino a la utilización de una vía legalmente prevista y recogida expresamente por el legislador como una tipología más en la terminación de la relación laboral, sin que a tales efectos se pueda partir del carácter fraudulento de los despidos disciplinarios así planteados.

A la apelación a la naturaleza fraudulenta de este tipo de extinciones a los efectos analizados se refiere aquella doctrina judicial que, no obstante lo anteriormente indicado, argumenta en pro de la inclusión de este tipo de extinciones, es decir, de las que teniendo la cobertura meramente formal del despido disciplinario no existe, pese a ello, indicio ni principio de prueba de la realidad de unos hechos punibles relevantes que justifiquen el mismo³¹⁹. Esta última orientación aparece finalmente acogida por nuestro Alto Tribunal en Sentencia de fecha 3 de julio de 2012.³²⁰

Similar problemática a efectos del cómputo de las extinciones plantean las finalizaciones de contratos temporales, ya que en la medida en que se pueda acreditar el carácter fraudulento de la terminación deberían, pese a la dificultad de prueba o de acreditación de dicha realidad, computar a los efectos examinados.

Al margen de dicho supuesto, la doctrina tradicionalmente se ha ocupado de la problemática existente en relación con otras vías de terminación, como las

³¹⁹ Así se ha manifestado entre otras la STSJ de Castilla y León de 22 de septiembre de 2001 (Rec. 1147/2010) o la SAN de 27 de julio de 2012 (AS 3477/2012).

³²⁰ Sentencia que contiene un interesante voto particular que advierte en torno a la necesidad de deslindar debidamente los ceses por voluntad del empresario habidos en el periodo de referencia y otro transformar en despido colectivo el cese acordado aunque éste se hubiese producido de forma indebida.

extinciones provocadas por el trabajador como reacción frente a supuestos de modificaciones de condiciones de trabajo entendidas en sentido amplio y aquellas otras que pudieran ser reconducidas al mutuo disenso por su forma de canalización.

De esta forma, y comenzado por el mutuo acuerdo como forma extintiva, conviene precisar los supuestos extintivos que quedarían englobados en dicho concepto. Básicamente el supuesto que se podría catalogar de problemático viene determinado por el de las desvinculaciones o bajas incentivadas, género cuyas especificidades vendrían constituidas por las prejubilaciones o incluso las jubilaciones incentivadas. Sobre el particular, se ha venido considerando³²¹ que todas estas situaciones extintivas se encontraban amparadas en el concepto más amplio del mutuo disenso y, por tanto, excluidas de la voluntad empresarial como causa originadora del fenómeno extintivo. Desde luego, no existe en sede judicial una unanimidad en la referida interpretación, pudiendo encontrar, de un lado, pronunciamientos que avalan la inclusión de las mencionadas extinciones y particularmente las bajas incentivadas entre las computables a los efectos analizados³²² y, de otro, resoluciones que, analizando un supuesto concreto de jubilaciones anticipadas³²³, consideran que *"la posibilidad de que la empresa llegue a acuerdos con los trabajadores individualmente considerados de modo que se extinga la relación contractual por otra causa legalmente establecida no contraviene las normas que aquí interesan, pues la voluntad del trabajador de pedir la jubilación y cesar en la empresa ha de entenderse incluida entre las causas inherentes a su persona a los efectos del cómputo de los umbrales del despido objetivo"*, excluyendo, consiguientemente, dicho supuesto de los computables a los efectos analizados.

³²¹ OJEDA AVILÉS, A. (2004, 496)

³²² De esta forma STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de diciembre de 2002 (RS 2570/2002).

³²³ STSJ de Catalunya de 16 de abril de 1996 (AS 1996/1436).

Por lo que se refiere a las extinciones provocadas por la existencia de modificación sustanciales de trabajo o, supuestos de movilidad geográfica, un análisis de nuestra doctrina judicial permite concluir, en una primera aproximación, que tales supuestos quedarían incluidos, en mi opinión, entre los motivos no inherentes a la persona del trabajador³²⁴ y por lo tanto, tratarse de extinciones “idóneas” a los efectos de provocar la operatividad del procedimiento colectivo,³²⁵ si bien tal y como indica la STSJ de la Comunidad de Madrid, de 12 de marzo de 2010,³²⁶ en estos supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo o de movilidad geográfica, las extinciones contractuales no tienen su origen en la voluntad empresarial.

(ii) Existencia de al menos cinco extinciones.

El último de los condicionamientos viene referido a la existencia de al menos cinco extinciones por motivos no inherentes a la persona del trabajador. Pese a la posible controversia en el entendimiento de a qué se refiere el número de 5, si a las extinciones o a los despidos puramente económicos³²⁷, parece, de acuerdo con algún pronunciamiento judicial que deberá optarse por la primera de las interpretaciones posibles. Y ello pese a alguna opinión doctrinal opuesta a tal inteligencia que entiende que tan sólo deben ser cuantificadas las extinciones realizadas al amparo del art. 52.1 c)³²⁸, debiendo, consiguientemente, reconducirse la tipología de extinciones a las producidas por el mutuo disenso, las amortizaciones individuales del puesto de trabajo y las extinciones provocadas por el cumplimiento de una condición resolutoria³²⁹.

³²⁴ Y ello pese a las dudas manifestadas por sectores de nuestra doctrina. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J (2000, 25).

³²⁵ STSJ del País Vasco de 16 de diciembre de 2010 (JUR 2011/132798) o 23 de septiembre de 2003 (AS 2003/3802).

³²⁶ AS 2010/1090.

³²⁷ Parecer mantenido por algún autor GOERLICH PESET, J.M. (1994, 125).

³²⁸ MONEREO PÉREZ, J.L. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (1997, 29).” En idéntico sentido parece posicionarse SERRANO CARVAJAL, J. (1996, 217).

³²⁹ VALDÉS DAL RE, F. (1994, 410). GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (1995, 357).

La cuestión, en cualquier caso y debido a la deficiente redacción estatutaria, no admite unanimidad entre las diferentes soluciones interpretativas, más allá de la finalidad genérica pretendida por el legislador con tal regulación y que vendría evidentemente determinada por la unidad de acto³³⁰ en la determinación y cómputo de las extinciones con el objeto de eludir la aplicación del art. 51 del ET.

1.2.3.4. Empresa o centro de trabajo. El presupuesto funcional de aplicación.

Otras de las cuestiones que incide en el cómputo de las extinciones y por tanto en la objetivación de los presupuestos determinantes de la vía extintiva analizada, viene determinada por la unidad de referencia que debe entenderse aplicable, bien empresa, bien centro de trabajo. La STS de 18 de marzo de 2009³³¹ se encargó de arrojar luz sobre una cuestión en la que existía alguna divergencia en sede de suplicación, optando por la primera de las opciones interpretativas. La solución adoptada toma como punto de referencia el específico diálogo establecido entre la norma nacional y la comunitaria. De esta forma, la aplicación de la unidad empresarial determina un mayor beneficio al ser el concepto empresa más protector para el trabajador, derivado del hecho de alcanzarse con más facilidad el número de extinciones precisas para requerir la tramitación colectiva del mecanismo extintivo examinado. Dicho con otras palabras, sobre un número total de trabajadores en la empresa es más fácil cumplir los límites del art. 51, que si se toma como referencia la unidad propiciada por el centro de trabajo, desplegándose consecuentemente la obligación de tramitación formal.

Por tanto, es la Directiva Comunitaria 98/59 y su catalogación como marco mínimo en materia de información y consulta de los trabajadores en supuestos de despidos colectivos, mejorable a través de la normativa interna,

³³⁰ MONEREO PÉREZ, J.L. FÉRNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (1995,70).

³³¹ RJ 2009/4163.

la que conduce a una interpretación como la mantenida por el Alto Tribunal, junto, claro está, a la propia literalidad del art. 51 del ET, que concreta en la empresa la específica unidad temporal de referencia. Esta interpretación debe entenderse como un intento de llenar el vaciamiento progresivo³³² de los procedimientos de regulación de empleo que la práctica extintiva permite constatar, a través de la utilización de otras medidas extintivas que posibilitan orillar la tramitación formal y la necesaria implementación de la fase de consultas a desarrollar con la parte social.

1.2.3.5. El cierre de empresa.

El párrafo cuarto del art. 51.1 señala la necesaria tramitación colectiva, debido a su catalogación como despido colectivo, de aquellos cierres que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a 5 y, se produzca la cesación total de la actividad empresarial como consecuencia de la concurrencia de alguna de las tipologías causales descritas.

Tres son los elementos determinantes de la configuración de dicha situación extintiva como despido propiamente colectivo.

En primer lugar, el elemento numérico remite a un total de más de 5 trabajadores afectados como consecuencia del cierre, aún cuando su extinción no es necesaria que se produzca al unísono³³³. Consecuentemente, si el número de afectados es menor, resultará aplicable la vía de los despidos objetivos individuales para extinguir los contratos de los trabajadores potencialmente afectados³³⁴, excluyéndose en tales supuestos la tramitación colectiva.³³⁵ Este supuesto fue analizado por la STS de 8 de marzo de 1999,³³⁶

³³² En este sentido LAHERA FORTEZA, J. (2010, 54).

³³³ SJS nº 33 de Madrid de 26 de julio de 2004 (AS 2004/1912).

³³⁴ A título de ejemplo STSJ de Castilla la Mancha de 13 de octubre de 2005 (AS 2005,2931).

³³⁵ MARTÍNEZ EMPERADOR, R. (1997, 364).

³³⁶ RJ 1999/2117,

que acogió dicha solución, pese a que, en el supuesto concreto analizado, en la sentencia utilizada de contraste, y cuyo criterio fue desechado por el Alto Tribunal, se producía una pérdida total de empleo y no la simple superación de una situación económica que se pudiera catalogar como negativa.³³⁷

En segundo lugar, se hace necesaria la cesación de la actividad empresarial dada la situación absolutamente gravosa en la que se halla el proyecto empresarial. En tal sentido, se ha indicado que dicho supuesto quebraría el esquema causal típico de estos despidos y no conectaría directa y estrictamente a la eficacia de las medidas propuestas³³⁸.

En tercer lugar, en fin, la necesaria concurrencia de una tipología causal reforzada, en los términos señalados por la STS de 25 de noviembre de 1999,³³⁹ es decir, la existencia de una explotación que *"se estima ruinosa y cuya permanencia en el mercado no es posible,"* tratándose, en definitiva, de empresas no viables.³⁴⁰

1.3. La transposición al derecho interno de la Directiva comunitaria. Algunas reflexiones en torno a su adaptación.

Las singularidades en el plano sustantivo o regulador de la materia que está siendo objeto de análisis encuentran en el plano comunitario uno de sus pilares sustentadores. En efecto, la Directiva 75/129/CEE, modificada por la 92/56/CEE, y posteriormente codificada por la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998, muestra la importancia que en el entramado comunitario, y particularmente en el contexto delimitado por las denominadas Directivas de crisis, ostentaría la denominada Directiva referente a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. Y ello, en consonancia con la doble

³³⁷ DESDETADO BONETE, A/ DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2002, 142).

³³⁸ MONTALVO CORREA, J. (1995, 350).

³³⁹ RJ 1999/8745.

³⁴⁰ STSJ de Extremadura de 23 de octubre de 2001 (AS 2001/3953).

finalidad presente en la misma, *"reforzar la protección de los trabajadores o finalidad social y reducir y suprimir las diferencias entre las diversas legislaciones nacionales o finalidad económica"*³⁴¹ o, con otras palabras, reforzar la protección de los trabajadores y evitar que las diferencias entre las legislaciones nacionales incidan de forma desfavorable en el funcionamiento del mercado común.³⁴²

Se cataloga con la adjetivación de armonizadora a aquellas Directivas, como la examinada, que prescinden de una tutela material directa, incidiendo, por el contrario, en un contenido procedimental, esto es, aquella tipología de Directivas directamente dirigidas a tutelar a los trabajadores afectados por un despido colectivo de forma indirecta o, *"a través de la procedimentalización de la decisión empresarial de despedir"*³⁴³. Conviene, no obstante, precisar su naturaleza armonizadora pues, tal y como se ha indicado³⁴⁴, no nos encontramos *"ante una Directiva armonizadora completa, limitándose tan sólo a promover el empleo y las condiciones de vida y trabajo"* mediante la utilización de métodos de información y consulta.

Nos hallamos, pues, ante el ejemplo paradigmático de Directiva comunitaria en materia laboral. No sólo por contemplar una típica relación de suplementariedad,³⁴⁵ auto-configurándose como norma mínima³⁴⁶, sino por la preocupación manifestada de evitar disonancias o contradicciones entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros, sirviendo de suelo mínimo a los efectos de garantizar una regulación nacional mejorada. Consideraciones estas últimas que permiten ser ejemplificadas por lo dispuesto en la misma. A tal efecto, señala su art. 5.1 que *"la presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de*

³⁴¹ COLINA ROBLEDOS, M./RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M./ SALA FRANCO, T. (1995, 423).

³⁴² VON POTOBSKI, G. (1993, 81)

³⁴³ GOERLICH PESET, J.M. (1993, 171).

³⁴⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (1999, 2).

³⁴⁵ CRUZ VILLALÓN, J. (1997, 30).

³⁴⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. (2009, 110).

introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores”.

En el ámbito de aplicación subjetivo, la Directiva proporciona tres elementos que se incorporan al ordenamiento interno y que sirven de base definitoria de la propia noción de despido colectivo: la extinción contractual por voluntad empresarial, lo que indirectamente supone descartar todas aquellas fórmulas extintivas que no encuentren apoyo en una decisión unilateral del empresario; el denominado elemento causal negativo³⁴⁷ o, por decirlo con un nivel menor de abstracción, la inclusión de todas aquellas extinciones que no vengan determinadas por uno o varios motivos no inherentes a la persona del trabajador, lo que evidencia la exclusión de todos aquellos despidos “conectados con una conducta previa del trabajador o bien con factores profesionales vinculados a la persona del trabajador³⁴⁸” y, finalmente, el elemento cuantitativo o numérico que aparece reflejado en la Directiva comunitaria en forma de disyuntiva, al plantearse la posible conceptualización como despidos colectivos de aquellas extinciones por motivos no inherentes a la persona del trabajador que: o bien en un periodo de 30 días afecten al menos a diez trabajadores en centros de trabajo que ocupen entre 20 y 100 trabajadores, al 10 por ciento en centros que empleen como mínimo a 100 y como máximo hasta 300 trabajadores, y al menos a 30 trabajadores en los centros que ocupen a 300 o más trabajadores, o bien afecten en un periodo de 90 días al menos a 20 trabajadores con independencia del número de trabajadores empleados. De esta forma, la regulación interna tomará elementos de ambas alternativas desde una perspectiva más favorable para el trabajador al exigir la procedimentalización de la decisión extintiva

³⁴⁷ CRUZ VILLALÓN, J. (1997, 43).

³⁴⁸ CRUZ VILLALÓN, J. (1997, 44).

ampliando el plazo de referencia a 90 días, y adoptando no obstante casi con exactitud los parámetros numéricos reflejados en la Directiva.

Por su parte, en el ámbito propiamente procedimental, la Directiva asienta sus ejes vertebradores en torno a la doble obligación de consultar con los representantes de los trabajadores en aras de llegar a un acuerdo y en la obligada notificación a la autoridad pública competente con vistas a que la misma *"buscase soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados"*³⁴⁹.

El art. 2.1 de la Directiva establece que el empresario *"deberá consultar a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo"*, precepto que refiere a una auténtica negociación³⁵⁰ entre las partes sociales implicadas pese a la utilización genérica y un tanto abstracta del término consulta. En cualquier caso, las mismas deberá dirigirse a examinar o tratar las diversas posibilidades de *"evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos"*, en clave finalista, imponiéndose en el plano temporal la obligación de llevar a cabo la misma en tiempo hábil y con anterioridad a la medidas extintivas cuya eficacia se pretende, esto es, en un momento anterior a la adopción de la decisión extintiva.³⁵¹O, para ser más precisos, con anterioridad a la manifestación de la voluntad del empresario de extinguir el contrato de trabajo³⁵². Paralelamente a las obligaciones de consulta, se imponen al empresario otras obligaciones complementarias (art. 2.3), consistentes en informar a los representantes el número y categoría de los trabajadores que vayan a ser despedidos, de los trabajadores empleados

³⁴⁹ STJCE de 27 de enero de 2005 (Caso Irmtraud Junk contra Wolfgang Kühnel)

³⁵⁰ Así lo ha declarado el propio TJCE en sentencia anteriormente citada de 27 de enero de 2005 (Caso Irmtraud Junk contra Wolfgang Kühnel) al señalar de forma tajante que "De ello resulta que el artículo 2 impone una obligación de negociación".

³⁵¹ RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (1989,7).

³⁵² STJCE de 27 de enero de 2005 (Caso Irmtraud Junk contra Wolfgang Kühnel) TJCE 2005/31.

habitualmente, del periodo a lo largo del cual se van a efectuar los despidos, de los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores afectados, así como de los parámetros del cálculo de las indemnizaciones.

El segundo de los puntos de apoyo de la Directiva (art. 3.1) viene referido a la obligada notificación a la autoridad pública competente de todo proyecto de despido colectivo. La notificación deberá ir acompañada de *"todos los informes útiles referentes al proyecto de despido colectivo y a las consultas con los representantes de los trabajadores previstas en el artículo 2, especialmente los motivos del despido, el número de trabajadores que se va a despedir, el número de trabajadores habitualmente empleados y el periodo en el que se prevé que se va a efectuar los despidos"* (art. 3.1 *in fine*). Los despidos colectivos cuyo proyecto haya sido notificado a la autoridad pública competente surtirán efecto no antes de 30 días desde la notificación prevista en el apartado 1 del art. 3".

La finalidad de dicha notificación aparece residenciada en el tenor literal del art. 4 apartado 2 en donde se indica que *"La autoridad pública competente aprovechará el plazo indicado en el apartado 1 para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados"*. En consonancia con esta idea, se ha pronunciado el TSJCE en sentencia de 27 de enero de 2005 (caso *Irmtraud Junk contra Wolfgang Kühnel*) al establecer que *"la notificación tiene la finalidad de permitir a la autoridad competente buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados"*.

De cualquier forma, el juego combinado de los preceptos transcritos permite definir la intervención administrativa en clave mediadora,³⁵³ no dirimente³⁵⁴, tendente a la búsqueda de acuerdos o a la adopción de medidas compensatorias, paliativas o atenuadoras del proyecto de despido colectivo,

³⁵³ Vid al respecto CRUZ VILLALÓN, J. (1997, 66).

³⁵⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. (1994, 129).

papel mediador que aparece claramente reforzado por la posibilidad atribuida a los representantes de los trabajadores de dirigir sus eventuales observaciones a la autoridad pública³⁵⁵.

En definitiva, desde los postulados armonizadores y de norma mínima aludidos, no admite cuestionamiento alguno la integración de la legislación nacional dentro de las posibilidades abiertas por el sistema comunitario y ello, tanto con carácter previo a la supresión del régimen autorizatorio, ya que si bien la Directiva no garantiza funciones autorizatorias, ello "*no comporta que prohíba el modelo de autorización administrativa como control previo (en interés público) de la libertad empresarial para decidir unilateralmente los despidos colectivos*",³⁵⁶ rebasando con ello, los mínimos contenidos en la Directiva, en particular, en lo referido a la temática puramente procedimental,³⁵⁷ ya que se trataba, sin duda, de una opción del legislador español que, aunque tradicional en nuestro ordenamiento, no venía exigida por las disposiciones comunitarias,³⁵⁸ como con carácter posterior a dicha supresión, pese al reducido juego que la reforma del 2012 concede a la autoridad laboral, controlador formal del procedimiento, en contra de lo expresamente establecido en la Directiva en relación a la búsqueda activa de soluciones a los problemas planteados; lo que ha servido a parte de nuestra doctrina para advertir que el efecto útil de la Directiva queda muy desdibujado.³⁵⁹ Ciertamente es, en este punto, que la Ley 3/2012 vino a corregir determinadas deficiencias observadas en la primera modificación introducida por el RD 3/2012, particularmente las relacionadas con el papel de la autoridad laboral, papel que la ley convalidadora del 2012 refuerza en un intento de adaptación con la normativa comunitaria en un triple sentido: garantizar la efectividad del periodo de consultas, realizar una positiva y efectiva labor de mediación entre las partes y controlar la efectividad del plan

³⁵⁵ CRUZ VILLALÓN, J. (1997, 64).

³⁵⁶ MONEREO PÉREZ, J.L. (1994,139).

³⁵⁷ Vid al respecto (Dir.) GARCÍA MURCIA, J. (2005, 481).

³⁵⁸ SALA FRANCO, T. BLASCO PELLICER, A. (2011,880).

³⁵⁹ CABEZA PEREIRO, J. (2012, 189).

de recolocación externa ofrecido a los trabajadores potencialmente afectados.³⁶⁰

³⁶⁰ CASAS BAAMONDE, M.E/ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (2012, 8).

CAPÍTULO II.- EL DESPIDO COLECTIVO: ASPECTOS PROCEDIMENTALES.

2.1. La iniciación en la tramitación de los despidos colectivos.

2.1.1. Introducción.

La intervención colectiva-administrativa y la consiguiente ordenación procedimental a las que se ven sometidas las medidas colectivas de reestructuración se erige en nota definitoria o esencial en la configuración y delimitación de la figura del despido colectivo, con respecto a aquellas otras fórmulas extintivas que, aun proviniendo de una voluntad empresarial, se ven sujetas a un examen judicial directo como forma de control causal.

En efecto, el procedimiento de despido colectivo se constituye en pieza esencial en el control de aquellos supuestos extintivos que, respondiendo a una motivación económica, poseen una dimensión colectiva, íntimamente ligada a los parámetros y umbrales cuantitativos señalados por el propio legislador³⁶¹.

Con independencia de la supresión de la autorización administrativa como hecho que vertebraba el procedimiento de regulación de empleo por parte del RD 3/2012, nos encontramos ante un procedimiento complejo o de doble fase,³⁶² esto es, de estructura bifásica³⁶³, en el que la configuración del mismo se nutre de una fase privada o de consultas a desarrollar, como es dable entender, entre el empleador y la representación de los trabajadores, y otra eminentemente pública o, dicho de forma más precisa, de naturaleza propiamente administrativa³⁶⁴, si bien con un protagonismo diluido o cuando

³⁶¹ GÓNZALEZ - POSADA MARTÍNEZ, E. (1995, 366).

³⁶² MONEREO PÉREZ J.L/ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A (1997, 211).

³⁶³ OJEDA AVILÉS, A. (1984, 1).

³⁶⁴ Si bien otros autores MARTIN VALVERDE (2013,12) entiende que la supresión de la autorización administrativa convierte al procedimiento colectivo en un procedimiento puramente privado.

menos atenuado de la autoridad laboral en su impulso y desarrollo como consecuencia de la reforma estatutaria de 2012, que acaba configurando de manera autónoma el periodo de consulta-negociación con la representación social.

2.1.2. La determinación de la Administración territorialmente competente.

Una de las principales novedades introducidas por el RD 43/1996, de 19 de enero, sobre procedimientos de regulación de empleo y actos administrativos en materia de traslados colectivos, consistió en adaptar la temática de los procedimientos de regulación de empleo a la progresiva asunción autonómica de las competencias en materia de regulación de empleo, cuestión ésta que no tuvo en cuenta³⁶⁵ el RD 696/1980. Consecuentemente, el mencionado RD de 1996 procedió a la acomodación³⁶⁶ del procedimiento administrativo a la realidad autonómica, apoyándose para ello en la posibilidad abierta por el art. 149.1.7ª de la CE; o, en otros términos, en la posibilidad de transferir la ejecución de materias laborales de necesaria competencia estatal a las distintas Comunidades Autónomas³⁶⁷.

En este contexto y a modo de continuación, el artículo 2 del RD 801/2011, de 14 de junio, asentó los ejes que permitían llevar a cabo la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas a la hora de determinar la Administración competente para la resolución del procedimiento administrativo de regulación de empleo, y cuyo hilo continuador seguiría el RD 1483/2012 de 29 de octubre en sus arts. 25 y ss,

³⁶⁵ NORES TORRES, L.E. (1996, 353).

³⁶⁶ GIL Y GIL, J.L. (1996, 307).

³⁶⁷ Algunos Reales Decretos apuntaban en su preámbulo a esta cuestión, a título de ejemplo: Real Decreto 1035/1984, de 9 de mayo, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de expediente de regulación de empleo. (BOE núm. 131, de 1.6.1984); Real Decreto 932/1995 de 9 de junio sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Madrid en materia de trabajo.

con la notable diferencia de encontrarnos en la actualidad ante una autoridad laboral cuya función decisoria ha desaparecido definitivamente.

En primer lugar, se establece la competencia de la Administración autonómica cuando los trabajadores potencialmente afectados desarrollen su actividad o se encuentren adscritos a los centros de trabajos radicados en una determinada comunidad autónoma.

Por su parte, la competencia de la Administración General del Estado, nucleada en torno a la Dirección General de Empleo, vendrá atribuida por la concurrencia de una doble circunstancia: la afectación a trabajadores cuyos centros de trabajo o, la actividad desarrollada, se encuentren ubicados en el territorio de dos o más comunidades autónomas o, en su caso, cuando el procedimiento extintivo afecte a empresas o centros de trabajo (i) relacionados con créditos extraordinarios o avales acordados por el gobierno de la nación; (ii) cuando se trate de empresas pertenecientes al patrimonio del Estado o tengan la condición de sociedades mercantiles estatales de acuerdo con la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o la Ley 6/1997 de 14 de abril de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y (iii) sean empresas relacionadas con la defensa nacional o cuya producción sea declarada de importancia estratégica nacional mediante norma con rango de ley. En este último caso, el órgano específicamente competente es o bien la delegación del gobierno (si la comunidad autónoma es de configuración uniprovincial), la subdelegación si los centros afectados radican en una misma provincia o la delegación del gobierno en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, siempre que el expediente afecte a centros de trabajo o actividades desarrolladas en dichas ciudades.

No obstante, y tal y como se encarga de recordar el art. 25.2.d), del mencionado RD de 2012, dicha competencia podrá ser asumida (avocada) por la Dirección General de Empleo en los tres supuestos anteriormente

descritos cuando la medida adoptada afecte a doscientos o más trabajadores o tenga especial trascendencia social.

Finalmente se establece que, cuando el expediente afecte a trabajadores adscritos a centros de trabajo o que desarrollen su actividad en dos o más comunidades autónomas, pero el 85% de la plantilla radique en una comunidad autónoma y dicho expediente afecte a trabajadores de la misma, será la Comunidad Autónoma la competente. Y ello sin perjuicio del deber de notificación a la Dirección General de Empleo, debiendo computarse la totalidad de trabajadores que presten servicios en la empresa el día de la comunicación inicial, con independencia de la naturaleza del vínculo, temporal o indefinido, que le una a la empresa.

Por último, dentro de la problemática competencial, debe destacarse la mención efectuada en el art. 25.4 del actual reglamento que regula la comunicación entre distintas autoridades laborales. La previsión pretende salir al paso de las críticas efectuadas al amparo del Real Decreto anterior y su distribución competencial. En efecto, se había señalado que la regulación anterior suponía tan sólo un "*acercamiento parcial a la problemática de la empresa*"³⁶⁸, en la medida en que se impedía la valoración global de la realidad empresarial en aquellos casos en los que el análisis de las medidas planteadas, y su eventual estimación o desestimación, pudieran afectar a centros de trabajo que no formaran parte del núcleo de decisión final³⁶⁹. Precisamente este acercamiento es el que igualmente se pretende con la previsión contenida en el citado art. 25.4 del reglamento regulador, que señala que, en caso de afectar el procedimiento a centros de trabajo existentes en dos o más comunidades autónomas la autoridad laboral competente para intervenir en el procedimiento comunicará dicha

³⁶⁸ NAVARRO NIETO, F. (1996, 208).

³⁶⁹ Vid al respecto RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2009,107).

intervención a las autoridades laborales de las comunidades donde radiquen esos centros de trabajo.

2.1.3. La iniciación empresarial.

El procedimiento de despido colectivo ha de iniciarse necesariamente a instancia de parte y, en concreto, será la parte empresarial la que comunique simultáneamente a la representación social y a la autoridad laboral el inicio de la preceptiva fase de consultas. Evidentemente y dada la desaparición de la preceptiva solicitud y con ello del procedimiento administrativo que identificaba este mecanismo, carece de sentido caracterizar esta fase inicial como informada por el principio de rogación, propio de la redacción estatutaria dada por el anterior art. 51.2 del ET, ("*... el procedimiento se iniciará mediante la solicitud a la autoridad laboral competente (...)*"). De esta forma se manifiesta tanto el texto estatutario como el correspondiente reglamento de desarrollo, este último en su art. 2. Dicha posibilidad iniciadora suscita dos cuestiones, a las que conviene referirse si quiera de forma sucinta.

En primer lugar se viene a corregir, bien es cierto que no de forma intencionada sino por la supresión genérica de la tramitación administrativa autorizadora, la situación un tanto confusa a la que dio origen la regulación anterior. La noción de interesado en el procedimiento administrativo colectivo regulado con anterioridad venía referido a un triple sujeto: empresario, trabajadores y representantes legales, "*quienes ostentarán la condición de parte interesada en la tramitación del expediente de regulación de empleo*" (art. 51.4 del ET en su redacción anterior). Este precepto evidenciaba un notable confusionismo entre el concepto de interesado y el de legitimado, conceptos estos últimos que no eran de estricta coincidencia, tal y como se había puesto de manifiesto por cierto sector de nuestra doctrina³⁷⁰. Y dicha confusión se producía porque el "*precepto reglamentario casaba mal con la previsión legal*", que había instituido a la representación de trabajadores en

³⁷⁰ BLASCO PELLICER, A. (2007, 37).

sentido amplio, unitaria y sindical, en parte interesada en la tramitación del procedimiento³⁷¹ con una aparente automaticidad. Ahora bien, la dicción del Real Decreto 43/1996 no impedía mantener un posicionamiento contrario y considerar en virtud del mismo la intervención de los representantes en términos de legitimación, no constituyéndose en argumentos definitorios el hecho de que el artículo 51.13 del ET en su redacción anterior estableciera que *"todas las actuaciones a seguir y las notificaciones que deban efectuarse a los trabajadores se practicarán con los representantes legales de los mismos"*. Y ello por cuanto el referido precepto no resultaba concluyente en torno a deslindar entre una intervención como representante o como interesado más allá de facilitar las comunicaciones en aras de una deseable economía procedimental. Tampoco resultaba concluyente la existencia de un interés colectivo, al margen del potencial interés individual de los trabajadores que pudieran resultar afectados. Es más, la existencia de ese interés colectivo más allá del mero interés individual o plural que pudieran ostentar los sujetos interesados resultaría potenciado al identificarse dicho interés al margen del solapamiento conceptual entre interés individual y colectivo que pudiera derivarse de una identificación entre interés y legitimación como la mantenida.

No permanecía ajeno a dicho razonamiento la recurribilidad que en vía administrativa podía instarse contra la resolución administrativa autorizadora. La posibilidad de impugnar dicha resolución por parte de los trabajadores afectados, al margen del concreto acuerdo al que hubieran llegado los representantes legales en la fase de consultas, otorgaría el necesario sustento a la diferenciación entre interesado y legitimado, pese al exceso *ultra vires* que dicha interpretación pudiera tener. En definitiva, la coherencia sistemática y conceptual exigía un cambio normativo en el

³⁷¹ Por todos FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ R. (2009, 119).

precepto estatutario, que otorgara a los representantes de los trabajadores la mera cualidad de sujeto legitimado.

La segunda de las consecuencias de la vigente regulación vendría determinada por la definitiva supresión de la legitimación de los trabajadores a los efectos de iniciar el correspondiente procedimiento. Así, merece destacarse que, bajo la regulación anterior al RD 3/2012, existía una segunda posibilidad iniciadora, atribuyéndose ésta a los trabajadores a través de sus representantes; y ello, *"si racionalmente se presumiera que la no incoación del mismo, por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de difícil o imposible reparación"*. Esta dicción legal dio origen a una interesante polémica en relación al sujeto verdaderamente legitimado para dicha intervención: bien los trabajadores individualmente considerados, bien los representantes de los mismos, habiéndose sobre este punto vertido diversas opciones interpretativas.

Por una parte, se defendió la legitimación de los trabajadores individualmente considerados,³⁷² sobre la base de la concurrencia de la titularidad de un derecho e interés colectivo reconducible a la noción de interesado de la ley del procedimiento administrativo común. Se defendió por otro sector de nuestra doctrina que la legitimación en todo caso correspondería a la representación de los trabajadores, por encontrarnos ante una materia colectiva y no estrictamente individual, lo que conllevaría la imposibilidad de incoar dicho expediente en el caso de no existir la mencionada representación.³⁷³ Y finalmente se llegó a postular una interpretación intermedia, que atribuía la posibilidad iniciadora a los representantes de los trabajadores o singularmente a los trabajadores afectados en el caso de su inexistencia.³⁷⁴ Esta última posibilidad razona la necesaria diferenciación entre el concepto de legitimado y el de simple mandatario, ostentando la

³⁷² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (1993, 99).

³⁷³ BLASCO PELLICER, A. (2007, 51).

³⁷⁴ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. (2009, 126).

representación de los trabajadores la primera de dichas cualidades, por lo que podría instarse tal incoación en contra, incluso, de la voluntad de los interesados.

En mi opinión, y pese al confusionismo que el propio precepto incorporaba identificando a los representantes de los trabajadores como meros mandatarios, la posibilidad iniciadora, en caso de existir tal representación, debía corresponder única y exclusivamente a los representantes de los trabajadores, en el adecuado entendimiento de cómo se configura el sistema español de relaciones laborales y la noción de representación como genuina portadora de un interés colectivo. Es cierto que existían argumentos que pudieran sustentar la posibilidad contraria a la que se acaba de señalar. Entre otros, un razonamiento de tipo histórico³⁷⁵, configurado en torno a la literalidad del articulado de la Orden Ministerial 5 de Mayo de 1967 que posibilitaba dicha incoación por parte de los trabajadores individualmente considerados, existiendo en este sentido el argumento otorgado por la propia literalidad del art. 51.13 del ET que, recordemos, efectuaba un llamamiento en clave de supletoriedad al procedimiento administrativo común, que en su art. 31 (LRJAP-PAC) incorporaba la noción de titularidad de un interés individual como sustrato cualificado en orden a la posible incoación del procedimiento.

En el segundo de los supuestos, falta de representación, los trabajadores individualmente considerados podrán iniciar el mencionado expediente, tal y como habían venido señalando nuestros Tribunales,³⁷⁶ existiendo, no obstante y en sentido contrario, voces críticas que consideraban que la ausencia de representantes en la empresa o centro de trabajo objeto del proceso reestructurador debía obstar a esa posibilidad iniciadora. Dicho posicionamiento aparecía avalado por una serie de argumentaciones dotadas de una indudable solidez. De esta forma, si efectivamente se partía de la

³⁷⁵ NAVARRO NIETO, F. (1996, 202).

³⁷⁶ STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de junio de 1998; AS 1998/5690.

existencia de un interés colectivo que debía actuar al margen de la suma de intereses individuales, su efectiva concreción en el procedimiento de regulación de empleo cobraría su máxima concreción en el supuesto planteado. De lo contrario, la particularización final de los trabajadores que hubieran de resultar afectados introduciría notables dosis de desigualdad, implicando, en última instancia, la realización de distinciones entre los trabajadores a efectos de mantenimiento del empleo. Subordinado a dicho razonamiento vendría dada la eventual esterilidad del acogimiento de una vía que acabaría otorgando indemnizaciones inferiores a las eventuales resoluciones contractuales que se hubiera de instar al amparo de lo establecido en el art. 50 del ET.

Pues bien, dada la supresión de la tramitación administrativa del procedimiento de regulación de empleo ante la autoridad laboral, así como la eliminación de la necesaria resolución administrativa autorizadora o meramente homologadora, el legislador ha decidido descartar dicha posibilidad iniciadora, atribuyéndola exclusivamente al empresario. Entendemos que dicha supresión, de acuerdo igualmente al parecer de determinadas voces críticas, pudiera conllevar una indefensión del trabajador ante determinadas situaciones, que tan sólo se podrían canalizar por vía extintiva o por vía de la eventual aplicación de la legislación concursal³⁷⁷.

Al margen de dicha previsión iniciadora y pese a la omisión legal habida al respecto, se ha venido defendiendo la legitimación del grupo de empresas como sujeto iniciador del mencionado procedimiento, debiendo aludirse a que dicha posibilidad iniciadora y, en concreto, la legitimación de los grupos empresariales ha sido expresamente reconocida por la doctrina de nuestros Tribunales. Baste citar a título de ejemplo la SAN de 28 de septiembre de 2012³⁷⁸. En dicho pronunciamiento, se alude a una primera razón que permitiría llegar a dicha conclusión: la identificación del Grupo de empresas

³⁷⁷ CABEZA PEREIRO, J. (2012,185)

³⁷⁸ AS 2012/2515.

a efectos laborales con la noción de empresa manejada por la Directiva 98/59, por el Estatuto de los Trabajadores y por el Reglamento de aplicación. Por su parte, la segunda de las razones viene en apoyo de considerar legitimado al grupo laboral sobre la consideración de la situación económica de la totalidad de sociedades que lo integran en orden a determinar si concurre una situación económica negativa.

Es decir, tanto por su consideración de empresario como por la necesidad de analizar la causa en el ámbito en la que ésta se manifiesta resulta absolutamente indiscutible la legitimación del grupo de empresas para el planteamiento de un procedimiento como el iniciado. Y dicha legitimación viene referida a los grupos de empresas laborales y no a los meramente mercantiles tal y como razona la SAN de 25 de febrero de 2013³⁷⁹, dada la ausencia de regulación explícita de este último supuesto.

2.1.4. La comunicación inicial y la comunicación preceptiva.

La comunicación a la representación de los trabajadores que da inicio al periodo de consultas deberá ir acompañada indefectiblemente de una determinada documentación, común y específica, para todo procedimiento que se decidiera iniciar, de acuerdo a la tipología causal alegada en la comunicación de inicio. La finalidad de esta aportación documental se muestra como evidente, dado el necesario conocimiento por la parte social de aquellos elementos sobre los que versará el periodo de consultas. De esta forma el Tribunal Supremo³⁸⁰, se encarga de recordar que: *"la principal finalidad del precepto es la de que los representantes de los trabajadores tenga una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente"* no poseyendo pese a todo, la mencionada aportación documental, un valor

³⁷⁹ AS 2013/177.

³⁸⁰ STS 20 de marzo de 2013; RJ 2013/2883.

*solemnitatem*³⁸¹, y por ello no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la referida declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse -razonablemente- aquellos documentos que se revelen “intrascendentes” a los efectos que la norma persigue: proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas.

Así la comunicación inicial a todo procedimiento deberá ir acompañada de:

- (i) La especificación de las causas del despido
- (ii) Una memoria explicativa de las causas o motivos del proyecto de despido colectivo. Documento en el que debe identificarse con rigor las causas y la situación de la Compañía no bastando una memoria genérica³⁸².

Esta previsión aparece complementada a su vez, en una serie de exigencias documentales en virtud de la naturaleza de la causa alegada.

Si se trata de una causa económica se requiere la documentación debidamente auditada, acreditativa del estado y evolución de la situación, económica, financiera y patrimonial de la Compañía; en particular, las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos que deberán presentarse de forma consolidada si existiera tal obligación de consolidación. Asimismo, y en el caso de que la situación económica alegada venga configurada en torno a una previsión de pérdidas, deberá de informarse sobre los criterios utilizados para su estimación, completándose esta última exigencia con un informe técnico sobre el carácter y esa previsión de pérdidas de acuerdo a los datos que puedan desprenderse de las cuentas anuales de la sociedad, de los datos del sector, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo. De igual forma, deberá

³⁸¹ STS de 27 de mayo de 2013; JUR 2013/259800.

³⁸² En este sentido, STSJ de la Comunidad de Madrid de 30 de mayo de 2012 (AS 2012/1672).

acreditarse el volumen y el carácter permanente o transitorio de las pérdidas. No obstante, en este concreto punto, debe aludirse a las críticas recibidas en la reforma del apartado 5 del art. 4 del reglamento, al eximir a los grupos empresariales cuya sociedad matriz no se encuentre domiciliada en España, de la obligación de documentar la situación económica de la sociedad matriz,³⁸³ lo que podría ser contrario a la doctrina comunitaria.³⁸⁴

En caso de que lo alegado sea una disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, el actual RD 1483/2012 alude a la necesaria presentación de la documentación fiscal o contable acreditativa de dicha disminución, así como de la documentación fiscal o contable de los ingresos ordinarios o ventas de los mismos trimestres del año anterior.

Por su parte, si la causa fuese de naturaleza técnica, organizativa o de producción habrán de acompañarse, junto con la memoria explicativa de las causas alegadas de la que se desprenda la concurrencia de las mismas y la razonabilidad de la medida solicitada, los informes técnicos justificativos de la causa o causas extintivas alegadas.

(iii) Número y clasificación profesional de los trabajadores que vayan a ser afectados por el despido, así como de los trabajadores empleados habitualmente durante el último año. Matizando el reglamento que, en el caso de estar radicados los centros de trabajo en varias comunidades autónomas o provincias, la información debería desglosarse por centros de trabajo.

(iv) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por el despido y periodo previsto para la realización de los mismos.

³⁸³ CASAS BAAMONDE, M.E/ RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M/ VALDÉS DAL – RE, F. (2013, 13).

³⁸⁴ Akavan C-44/08 de 10 de septiembre de 2009.

Dos precisiones conviene efectuar en relación con las exigencias derivadas de la explicitación del número de trabajadores que deben incluirse así como de los criterios tenidos en cuenta para su designación.

En primer lugar, el carácter confuso y la redacción deficiente³⁸⁵ de un precepto oscuro que no aclara, en una primera aproximación, los trabajadores que deben figurar en la misma. No obstante, la finalidad del procedimiento y la ponderación concreta de las medidas pretendidas en relación con el volumen total del empleo comprendido en la misma exige entender que, la inclusión de los trabajadores empleados durante el último año comprende la totalidad de los trabajadores vinculados a la empresa durante el último año con independencia de la vinculación indefinida o temporal que haya enmarcado su prestación de servicios o, la situación en que se encuentre dicho vínculo en el momento de presentar la comunicación ante la autoridad laboral.

El mencionado requisito debe ser ponderado de acuerdo al cambio producido respecto a la previsión contenida en el art. 13 del RD 696/1980, que preveía en este punto la necesaria indicación en la solicitud de “una relación de la totalidad de los trabajadores con expresión del nombre y apellidos, fecha y lugar de nacimiento, especialidad y grupo profesional”. Por ello y en el plano propiamente competencial, la concreción de los trabajadores cuyo vínculo contractual era objeto de extinción era una cuestión sobre la que debía pronunciarse la Administración,³⁸⁶ derivándose con ello una clara atribución competencial a la jurisdicción contencioso administrativa.

No obstante, la inexigible presentación de una relación nominal de trabajadores afectados en este momento inicial no debe entenderse como una libertad absoluta en la delimitación posterior del ámbito subjetivo del procedimiento extintivo, ni como inconcreción final del periodo temporal

³⁸⁵ BLASCO PELLICER, A. (2009, 76).

³⁸⁶ OLMEDA FREIRE, G. (2004, 6).

durante el cual se van a efectuar las mencionadas extinciones. De esta forma, el art. 6 del RD actual exige la necesaria presencia de los criterios determinantes de los trabajadores que puedan resultar finalmente afectados así como el periodo a lo largo del cual se prevé efectuar las extinciones.

En cuanto al primero de los condicionamientos, criterios de determinación, el RD 801/2011 introdujo una novedad que no puede tildarse de menor. En efecto, el art. 6 de la reglamentación anterior venía exigiendo “número y categoría de los trabajadores empleados habitualmente durante el último año, así como de los trabajadores que vayan a ser afectados, criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser afectados (...)”, lo cual no dejaba del todo claro si los criterios de determinación debían acompañar aquellas solicitudes que vinieran informadas por la presencia de una relación nominal de trabajadores. No obstante, había voces³⁸⁷ que postulaban como requisito ineludible la presencia de los criterios de afectación tanto si el escrito inicial contenía una relación nominal de trabajadores como si la solicitud empresarial omitía el nombre y apellidos de los afectados para un momento posterior. La actual regulación plantea ambas posibilidades en términos de disyuntiva, por lo que la presencia de una relación nominal de trabajadores excluiría la necesaria presencia de aquellos criterios que se hubieran tenido en cuenta para su confección.

Fuera de este supuesto, la presencia de tales criterios se presenta como una obligación ineludible. Es cierto, en otro orden de cosas, que el paso de una regulación franquista caracterizada por una estricta regulación de los criterios utilizados para la selección de los trabajadores afectados estableciéndose preferencias no siempre fáciles de ordenar³⁸⁸, a la situación actual, en la que es perfectamente posible señalar el número de los trabajadores que pueden ser despedidos y los criterios para seleccionarlos, conllevó dos importantes

³⁸⁷ BLASCO PELLICER, A. (2007, 79).

³⁸⁸ RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (1989, 1.)

consecuencias situadas en planos de la realidad divergentes pero complementarios.

En primer lugar, la ausencia de criterios legales a los que imperativamente debe sujetarse el empresario a la hora de concretar su decisión extintiva supone una opción ideológica o de política legislativa, que permite una gestión más flexible de la mano de obra o, dicho de otra forma, *"la consagración de un principio de abstención de ley en la individualización de los trabajadores afectados por despidos económicos sirve a intereses de naturaleza exquisitamente empresarial"*.³⁸⁹

Cierto es, en cualquier caso, que la inexistencia de criterios legales de selección no debe entenderse como equivalente a una libertad absoluta del empresario en la elección de los trabajadores que deban ser despedidos. La decisión empresarial debe verse limitada por un triple condicionamiento: el convencional, el que deriva del respeto a los derechos fundamentales del trabajador y, por último, el derivado de una interdicción de la arbitrariedad que fije desigualdades que no resultan justificadas, objetivas o razonables; esto es, que no estén conectadas desde una vertiente funcional con la finalidad perseguida,³⁹⁰ y que en buena medida impidan el necesario control judicial. Ello unido a las preferencias o prioridades que de forma taxativa se encarga de señalar el propio legislador.

La segunda consecuencia, apuntada con anterioridad, vino dada en un primer momento, y con anterioridad a la aprobación de la LRJS que clarificó el problema competencial, por el serio cuestionamiento³⁹¹ que sufría de esta forma el argumento nuclear de atribución de competencias, en esta materia, al orden contencioso-administrativo. Este último razonamiento, se presenta como una conclusión lógica de la atribución competencial que se venía

³⁸⁹ VALDÉS DAL-RE, F. (1999, 83).

³⁹⁰ VALDÉS DAL-RE F. (1999, 89).

³⁹¹ OLMEDA FREIRE, G. (2000, 7).

produciendo al amparo del Real Decreto anterior. Efectivamente, la obligación fijada en el art. 13 del Real Decreto 696/1980, de *"presentar una relación de la totalidad de los trabajadores con expresión del nombre, apellidos, fecha y lugar de nacimiento, especialidad y grupo empresarial"* era considerada como determinante de la atribución competencial al orden contencioso-administrativo de toda materia relacionada con la selección de los trabajadores afectados, ya que *"la determinación de quienes deben ser despedidos es cuestión directamente implicada con la viabilidad económica o tecnológica de la empresa sobre la cual debía pronunciarse la administración"*. Esta atribución competencial debía ser matizada seriamente a la luz de la regulación precedente, que sólo exigía a la empresa *"la especificación del número y categoría de trabajadores empleados habitualmente durante el último año, así como los trabajadores que deber ser afectados, criterios tenidos en cuenta para designar los trabajadores que vayan a ser afectados, y periodo a lo largo del cual está previsto efectuar las extinciones de los contratos"* (Art 6.1.b). Y es que al devenir como imprescindible, a tenor de lo indicado, un ulterior acto empresarial ejecutivo que individualice, concrete y, en definitiva, extinga los vínculos contractuales, no resultaba tan evidente la meritada atribución competencial a los órganos de lo contencioso. Y ello, *"porque la lista de los trabajadores afectados deja de ser un elemento integrante de la propia resolución."*³⁹² En todo caso, esta situación ha quedado completamente superada por la actual regulación y atribución competencial a la jurisdicción social.

(iv) Información sobre la composición de la representación de los trabajadores, así como de la comisión negociadora del procedimiento de despido colectivo. A esta comunicación inicial deberá acompañarse igualmente copia de la comunicación remitida a los trabajadores o a sus representantes sobre la intención de iniciar el periodo de consultas.

³⁹² OLMEDA FREIRE G. (2000, 7).

(v) El plan de recolocación externa. En los procedimientos extintivos que afecten a más de 50 trabajadores ha de adjuntarse con el escrito inicial, y a modo de ofrecimiento, un plan de recolocación externa donde expresamente consten las medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y una búsqueda activa de empleo durante un periodo mínimo de seis meses. El antecedente directo e inmediato de dicho plan lo constituyó el denominado plan de acompañamiento social. Con anterioridad al establecimiento del plan de recolocación, el texto estatutario contemplaba la necesaria aportación, en empresas de más de cincuenta trabajadores, del plan social, en que se contemplaran las medidas adoptadas o previstas por la empresa en orden a evitar o reducir los efectos del despido colectivo, así como atenuar sus consecuencias para los trabajadores que finalmente resulten afectados.

La reforma reglamentaria instaurada por el RD 801/2011 pretendió concretar las finalidades y funcionalidades de dicho plan, del que se había criticado su regulación excesivamente abstracta³⁹³, evidenciándose en numerosas ocasiones su carácter meramente retórico, derivado de la falta de control en cuanto a su estricto cumplimiento. En este concreto punto, se había venido diferenciado³⁹⁴ entre los planes sociales en sentido estricto, que pretenden no sólo reducir el impacto de las medidas extintivas sino ofertar a los trabajadores potencialmente afectados una serie de medidas “que faciliten su accesibilidad al mercado del trabajo” de los planes económicos mucho más simples y reducidos a plasmar aumentos en el *quantum* indemnizatorio a modo de bajas incentivadas³⁹⁵. En el art. 9 del RD mencionado se detallan las medidas que se podrían implementar y a cuya finalidad debería responder la elaboración del plan social, y que podemos desglosar en: medidas tendentes a reducir o evitar sus efectos, medidas tendentes a atenuar sus consecuencias y medidas para continuar o hacer viable el proyecto empresarial. Ciertamente es,

³⁹³ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. (2009, 141).

³⁹⁴ SERRANO GARCÍA, J. M^a. (2002, 101).

³⁹⁵ SERRANO GARCÍA, J. M^a. (2002 103).

en este punto, que la regulación reglamentaria del RD 801/2011 trató de precisar y concretar la mención genérica e indeterminada a los planes sociales contenida en el anterior RD 43/1996, intentando delimitar una serie de cuestiones (objetivos y posibles medidas integradoras) que no sólo debían servir de guía y apoyo a las partes sociales para el desarrollo de la fase de consultas, sino que debían permitir observar la centralidad que los planes sociales poseen en la regulación actual de los procedimientos extintivos. Esta centralidad, en todo caso, permitía referirse al papel que la autoridad laboral adopta en relación con el control del mismo, tanto desde un punto de vista sustantivo, como desde una perspectiva puramente formal. Así, de acuerdo a dicha regulación, y tal y como se ha puesto de manifiesto³⁹⁶, la autoridad laboral “podría ser más exigente en su solicitud de subsanación de defectos” ante la existencia y presentación de planes sociales que no reúnan los condicionamientos legales o reglamentariamente exigidos.

Dicha realidad de control puede ser perfectamente extrapolable a la actual mención de los planes de recolocación que constituyen en buena medida la especie dentro del género al que venían haciendo referencia los planes de acompañamiento social estableciéndose, no obstante, una exigencia reforzada dada la posible exigencia de responsabilidad por parte de los trabajadores afectados tal y como se encarga de recordar el precepto analizado. En definitiva, se trata de impulsar un instrumento en la búsqueda de empleo que ha venido ocupando una posición marginal dentro de los procedimientos reestructuradores, siendo necesario que los cambios normativos vayan acompañados de un cambio de cultura de los sujetos implicados en torno a la utilización y posibilidades que ofrecen los mismos³⁹⁷.

(vi) Solicitud de informe a los representantes de los trabajadores, contemplado en el art. 64.5. a) y b) del ET en base al cual éstos puedan emitir su opinión sobre la reestructuración empresarial pretendida, con

³⁹⁶ SERRANO GARCÍA, J. M^a. (2011,119).

³⁹⁷ Vid. GALA DURÁN, C. (2012, 117).

carácter previo a la ejecución empresarial del mismo. En la práctica se evidencia la falta de emisión del mismo por parte de la representación de los trabajadores. No obstante, y pese a su falta de virtualidad práctica, la necesaria acreditación formal de dicha petición y el necesario acompañamiento junto con la comunicación inicial posibilita en buena medida controlar la simultaneidad entre el inicio del periodo de consultas y la comunicación formal ante la autoridad laboral, en los términos reseñados en el art. 51.2 *in fine* del ET.

La ausencia u omisión en cualquiera de las exigencias anteriormente señaladas, y singularmente las obligaciones documentales establecidas en el art. 51.2 del ET, conllevaría *a priori* una declaración de nulidad en el despido, tal y como ha señalado, entre otras y de forma ejemplificativa, la STSJ de Catalunya de 23 de mayo de 2012³⁹⁸: *"esta no comunicación de la clasificación profesional de los trabajadores y la falta de la necesaria concreción en los criterios de designación de los trabajadores afectados, impide objetivos básicos del período de consultas al que se ha aludido (artículo 2.2 de la Directiva 98/59 CE), como es alcanzar un acuerdo, pero también el objetivo mínimo del período de consultas, que es, según el propio artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores, el de buscar y encontrar las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y la de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, bien sean recolocación, formación o reciclaje profesional"*.

2.2. El periodo de consultas en la tramitación del despido colectivo.

Se aludía con anterioridad a que una de las características definitorias del despido colectivo, en cuanto procedimiento extintivo, consiste en su naturaleza compleja o dual, en la que la denominada fase de negociación o consultas coexiste con el papel a desarrollar por la propia autoridad laboral

³⁹⁸ AS 2010/1049.

desde el momento de la notificación de la apertura del mencionado periodo de consultas a la representación social.

En toda la tradición histórica propia de los despidos por causas empresariales, la fase de consultas se configuraba como la expresión más acabada de la intervención de los representantes de los trabajadores en este concreto procedimiento reestructurador, expresión ésta que, a la vez que engarzaba y propiciaba la potenciación de la negociación colectiva³⁹⁹, suponía "*per se*" una legitimación de los poderes empresariales; es decir, una legitimación de las medidas extintivas pretendidas a través del propio procedimiento. Desde luego que, una visión panorámica de la mencionada fase, permitía concluir que nos encontrábamos ante un auténtico procedimiento de gestión colectiva⁴⁰⁰ en el ámbito de los procesos reestructuradores, siendo así que la denominación "periodo de consultas" no parecía la más acertada⁴⁰¹, cuando en realidad la apertura de dicho proceso suponía la apertura de un auténtico proceso de negociación.

La actual configuración ordenadora de la fase de consultas ha sufrido un cambio de relevancia tras la reforma estatutaria operada en el año 2012, que permite afirmar el definitivo alejamiento de dicho periodo como elemento clave a la par que definitorio en la gestión colectiva de las situaciones de crisis. Alejamiento éste, que no resulta posible enjuiciar al margen del otro de los elementos definitorios de la actual configuración sustantiva de los procedimientos de extinción colectiva de los contratos de trabajo, es decir, la autorización administrativa. Tanto el procedimiento administrativo en su tradicional configuración como la fase de consultas no son (o no deberían ser) compartimentos estancos que admitan un cuestionamiento independiente al margen de la finalidad última pretendida por la procedimentalización de los poderes empresariales a través del juego combinado de ambas fases,

³⁹⁹ CASAS BAAMONDE, M.E. (1996, 2).

⁴⁰⁰ VALDÉS DAL - RE, F/ LAHERA FORTEZA, J. (2006, 31).

⁴⁰¹ PÉREZ DEL RIO, T/ AGUILAR GONZÁLEZ, M.C. (1996, 124).

administrativa y privado colectiva, a saber: la gestión colectiva de las situaciones de crisis.

En la actualidad, un triple elemento - teleológico, subjetivo y temporal - caracteriza a la mencionada fase de consultas.

El elemento temporal remite, por una parte, a la necesaria coincidencia entre la apertura del mencionado periodo y la comunicación a la autoridad laboral de su iniciación, coincidencia temporal que se ve rápidamente contrariada por la experiencia práctica habida en este tipo de procedimientos, en la que podemos apreciar cómo la negociación con la representación social se antepone con relativa frecuencia al inicio de cualquier comunicación o notificación ante la autoridad laboral⁴⁰²; y, por otra, a la necesaria duración de la misma, treinta o quince días naturales según la empresa cuente con cincuenta o menos trabajadores. En el primero de los casos, el intervalo de las reuniones no podrá ser superior a nueve días ni inferior a cuatro, mientras que, en el segundo, dicho intervalo se reduce a seis y tres días naturales respectivamente, intervalos negociadores plenamente disponibles por voluntad de las partes. Este plazo deberá reputarse como de duración máxima, a diferencia de lo previsto en la regulación anterior, sin que pueda darse por concluido por voluntad de una sola de las partes, pudiendo ambas, no obstante, acordar una prórroga para llegar al mencionado acuerdo⁴⁰³. Un eventual exceso en la duración del mencionado periodo, en ningún caso, de acuerdo a la interpretación judicial efectuada por diversos tribunales entre los que destacaremos la STSJ de Galicia de 6 de julio de 2012⁴⁰⁴, conllevaría, en principio y *per se*, una declaración de nulidad.

⁴⁰² Incluso existiendo compromisos previos que no vulneran *per se* el contenido y la realidad del periodo de consultas siendo por ello plenamente admisibles. SAN 25 de febrero de 2013 (AS 2013/177).

⁴⁰³ De esta forma STSJ de Andalucía (Sevilla) de 20 de marzo de 2013 (Rec. 21/2012).

⁴⁰⁴ AS 2012/1677.

El segundo de los elementos referenciados, el teleológico, se encuentra íntimamente vinculado con el objetivo o finalidad que en la meritada fase se persigue, a saber: "la consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá versar como mínimo sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad" (art. 51.2 ET). La literalidad del precepto refleja la presencia efectiva de la representación de los trabajadores a la hora de evitar o reducir las consecuencias propias del despido colectivo, así como una invitación del propio legislador para que las partes intenten atenuar las consecuencias que las medidas planteadas pudieran conllevar.

Con dicha previsión, la Ley 3/2012 pretende soslayar la experiencia práctica habida con la regulación anterior durante la cual se intentaba a toda costa llegar a un acuerdo con la representación social como medio para lograr la autorización administrativa, aún con el notable incremento indemnizatorio que ello suponía pese a una posible desnaturalización de la mencionada fase. Dicho con otras palabras, el mencionado periodo había *"servido principalmente para negociar la mejora de las compensaciones económicas mínimas y uniformes legalmente establecidas"*⁴⁰⁵, es decir, la intervención colectiva, había *"funcionado más como un poder de veto, con exigencias reivindicativas fuera de la razonabilidad empresarial en la que quiere moverse el sistema legal"*⁴⁰⁶, alejándose consecuentemente de la finalidad pretendida por el legislador.

En este punto y de forma certera, se ha puesto de manifiesto⁴⁰⁷ que la supresión de una de las finalidades que informaban la redacción estatutaria precedente ("las causas motivadoras del expediente") por el simple

⁴⁰⁵ VALDÉS DAL - RÉ, F. (1994, 4).

⁴⁰⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (1996, 8).

⁴⁰⁷ MONEREO PÉREZ, J.L. (2012, 334)

intercambio de pareceres en torno a la atenuación de una decisión predeterminada y cuyo cuestionamiento causal no forma parte de las atribuciones propias a desarrollar en la mencionada fase, supone una diferencia cualitativa con la regulación anterior que aleja a la representación social del papel contradictorio típico en el examen causal, que parece situarse ahora en la esfera del análisis empresarial.

El último elemento tiene índole subjetiva, determinado, en esencia, por la naturaleza de los sujetos intervinientes en la fase examinada. Este elemento exige desdoblar la problemática objeto de examen a través del criterio de la existencia o no en la empresa de representación social.

En el primero de los supuestos, presencia de representación social, la regulación estatutaria permite referirnos al órgano propio a los efectos de desarrollar las consultas por la parte social, la representación legal. Esta expresión remite a los órganos de representación electiva existentes en la empresa, posibilidad reforzada con la alusión a las secciones sindicales con representación en dichos órganos como opción dada por el legislador a los efectos de la tramitación de la mencionada fase.

De esta forma se pone fin, a mi juicio, a la problemática existente al amparo de la regulación anterior que no permitía dilucidar con cuál de los dos tipos de representación social, electiva o sindical, se desarrollarían las consultas, dudas éstas que provenían tanto de la falta de concreción como de la aparente contradicción que lucía el art. 51 del ET, y su reglamento de desarrollo.

La contradicción además no se diluía, sino que se patentizaba tras una mirada a lo preceptuado en los apartados segundo y cuarto del art. 51 del ET, al mencionar a los representantes legales de los trabajadores, y también por el párrafo cuarto del apartado cuarto del mencionado precepto estatutario, que aludía a la "mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de

los delegados de personal en su caso, o de representaciones sindicales” para referirse a los sujetos sindicales con legitimación decisoria.

No obstante esta aparente contradicción, la misma debía ser salvada mediante una interpretación integradora, que permitiera conjugar la operatividad del doble canal representativo en el sistema español de relaciones laborales; esto es, adoptando, en definitiva, la posibilidad de que ambos tipos de representación fueran válidos e idóneos a los efectos pretendidos, si bien de manera alternativa y no acumulativa⁴⁰⁸. Así, en este sentido se había manifestado parte de nuestra doctrina,⁴⁰⁹ dando soporte sustantivo a la mencionada posibilidad por medio de la utilización analógica de lo previsto para la negociación de los convenios colectivos empresariales o de ámbito inferior. En cualquier caso, la existencia del doble canal representativo planteaba como añadido una doble problemática, determinada por el hecho de una potencial discrepancia entre ambas representaciones, pues les correspondía a éstas la comunicación final al empresario. En este concreto punto, la doctrina había entendido mayoritariamente que, en caso de discrepancia, debía ser la representación sindical la que prevaleciera; en concreto, las secciones sindicales de los sindicatos más representativos ex art 8.2. b) de la LOLS⁴¹⁰. Dicha posibilidad ha sido elevada a la categoría de Ley en base a lo previsto en el art. 51.2.2 del ET, que contempla la posibilidad (prioritaria) de otorgar el protagonismo de las consultas a las secciones sindicales cuando éstas tengan la representación mayoritaria de los comités de empresa o delegados de personal en los que tuvieran representación, previsión que supone una potenciación de la representación propiamente sindical, evidenciando un cambio en la designación del sujeto social que pasa de ser una elección empresarial a una autodesignación en los términos indicados. Dicha prioridad negociadora de las secciones sindicales exigirá que las mismas tengan mayoría entre los órganos de representación unitaria de

⁴⁰⁸ PÉREZ DEL RIO, T/ AGUILAR GONZÁLEZ, M. C. (1996,127).

⁴⁰⁹ VALDÉS DAL RE, F. (1994, 421); MONEREO PÉREZ, J.L/ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (1994, 165).

⁴¹⁰ En este sentido GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (1995, 393).

la empresa o de los centros afectados donde se desea implementar la medida y no de forma parcial en los centros en los que se pudiera lograr la consecución de dicha mayoría⁴¹¹. Siendo posible a mí entender conceder ese protagonismo a la representación social cuando así se decidiera y se tuviera dicha mayoría en los órganos unitarios, incluso dejando al margen la voluntad de los trabajadores adscritos a los centros sin representación.

Por otro lado y en el caso de ser la representación electiva la destinataria de la condición de contraparte, se plantea igualmente la duda de cuál de las posibles representaciones tendría la condición de sujeto negociador. Las dudas se disipan con relativa sencillez en aquellos casos en los que existe un comité intercentros⁴¹², siendo éste el destinatario de dicha condición tal y como se encarga de recordar el art. 51.2 del ET en relación al artículo 41.4 del mismo texto legal. En el otro de los supuestos, esto es, en aquellos casos en los que sólo existe representación electiva en parte de los centros de trabajo afectados por la medida extintiva, la redacción estatutaria operada en el art. 51.2 del ET por el RDL 11/2013⁴¹³, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, ha venido a aclarar una cuestión particularmente problemática por la inseguridad jurídica de la que venía informada.

Dicha inseguridad, a efectos prácticos, se transformaba en serias dudas en torno a la composición de la comisión negociadora, tal y como había manifestado la SAN de 21 de noviembre de 2012⁴¹⁴, al no regularse en el reglamento de desarrollo la elección de comisiones por centro de trabajo, cuando además el Reglamento 801/2011 contemplaba la posibilidad de negociar por centros, habiendo sido declarada no obstante dicha posibilidad

⁴¹¹ MOLERO MARAÑÓN M.L. (2013, 11)

⁴¹² SAN 26 de abril de 2013 (JUR 2013/160462).

⁴¹³ BOE nº 185 de 3 de agosto de 2013.

⁴¹⁴ AS 2012/2409

como un ultra vires,⁴¹⁵ incluso al amparo del RD 1483/2012⁴¹⁶, en relación a las posibilidades legales descritas en el texto estatutario. Recuérdesse que bajo el amparo del Reglamento 43/1996, la doctrina venía entendiendo que la negociación debía llevarse cabo con los representantes de los centros afectados, no siendo necesario un acuerdo común para la finalización consensuada de dicho periodo, pudiendo, incluso, tal y como se había apuntado⁴¹⁷, alcanzar acuerdos parciales en los distintos centros de trabajo, con la consiguiente particularización de la medida a adoptar.

En la actualidad, el vigente art. 41.4 del ET por remisión del art. 51.2 de ET viene a despejar las dudas habidas al respecto en torno a la composición de la comisión negociadora, precepto que establece expresamente la posibilidad de que el periodo de consultas se lleve a cabo por una única comisión negociadora de trece miembros en proporción al número de trabajadores que representen⁴¹⁸ y que, en el caso de ser varios los centros de trabajo de la empresa, la fase de consultas quede expresamente circunscrita a los centros afectados, lo que presupone el conocimiento anticipado y exacto por la empresa de cuales será los centros de trabajo finalmente afectados o, dicho con otras palabras, *"la ley parece presuponer, con falta de realismo, que desde el momento inicial la empresa ya conoce con claridad cuáles van a ser los centros de trabajo afectados por las medidas"*⁴¹⁹.

De esta forma la regulación legal contempla dos supuestos: (i) si el procedimiento afecta a un centro de trabajo la representación de los trabajadores corresponderá a los órganos electivos o, en caso de ausencia de éstos, a la comisión *ad hoc* integrada por tres miembros elegidos democráticamente entre los trabajadores de la empresa o por una comisión

⁴¹⁵ Entre otras: SAN 22 de abril de 2013 (JUR 2013/135276).

⁴¹⁶ SAN de 1 de abril de 2013 (JUR 2013/111737).

⁴¹⁷ De esta forma, PÉREZ DEL RIO, T/ AGUILAR GONZÁLVEZ, M^a C. (1996,127).

⁴¹⁸ Criterio de representatividad que se aleja de la regla de proporcionalidad en atención a la representatividad sindical y que favorece como se ha indicado la composición de miembros independientes. MOLERO MARAÑÓN M, L. (2013,7).

⁴¹⁹ MOLERO MARAÑÓN M, L. (2013,5).

de representantes sindicales designados por los sindicatos representativos o más representativos del sector; (ii) por su parte, si el procedimiento afecta a varios centros de trabajo habrá que distinguir si los mismos cuentan con representación electiva correspondiendo a todos ellos y con el límite de trece miembros la representación de los trabajadores durante el periodo de consultas; si sólo algunos centros cuentan con representación electiva en cuyo caso les corresponderá a éstos la composición de la comisión negociadora salvo que los trabajadores de los centros sin representación decidan constituir una comisión *ad hoc* pasando a formar parte la misma de la comisión representativa. Por último, si ningún centro cuenta con representación, la comisión representativa estará compuesta por las comisiones *ad hoc* elegidas por los propios trabajadores en proporción al número de estos.

La posibilidad electiva anteriormente apuntada, consistente en la elección por parte de los trabajadores de una comisión de hasta tres miembros formada por trabajadores de la misma empresa o a una comisión de igual número de componentes designados por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que perteneciera la empresa con legitimación para negociar el convenio que pudiera ser de aplicación en la misma, se encuentra igualmente prevista en la fase de consultas a desarrollar en los procesos de modificación de condiciones de trabajo⁴²⁰. Posibilidad electiva que, desde una óptica finalista, debe partir de la necesaria comunicación empresarial a los trabajadores afectados de la alternativa con la que éstos cuentan a los efectos de la oportuna elección, siendo el plazo de constitución de siete o quince días, dependiendo si el centro afectado por el procedimiento extintivo cuenta o no con representación legal.

El precedente inspirador de la posibilidad de desarrollar la fase de consultas a través de una comisión *ad hoc* elegida por los trabajadores en cuestión se

⁴²⁰ En este sentido, CRUZ VILLALÓN, J. (2010, 191).

encuentra en el antiguo art. 4 del derogado Real Decreto 43/1996. Y aludimos a la simple inspiración, por cuanto existen diferencias cualitativas que alejan a dicho precepto de una simple reproducción mimética del precepto derogado. En efecto, se ha pasado de la posibilidad de elegir una comisión con un máximo de cinco miembros ante la ausencia de representantes y en plantillas empresariales de diez o más trabajadores, a los efectos de que la Administración laboral entendiese con la misma las sucesivas actuaciones que se hubiesen de desarrollar de acuerdo a la propio literalidad del precepto reglamentario derogado, y que no aludía expresamente tal y como se acaba de apuntar al propio desarrollo del periodo de consultas como acción a efectuar por la misma, a la posible designación de una comisión que *"no sólo es válida para los trámites frente a la Administración sino también para el periodo de consultas y la conclusión de un acuerdo."*⁴²¹

La no designación de la comisión durante el plazo indicado podría, al amparo de la legislación anterior, conllevar a la amortización del periodo de consultas, en entender de cierto sector de nuestra doctrina⁴²². Pero el tenor literal del precepto parece ser otro, al no detenerse el marco temporal en el que las consultas deben desarrollarse, siendo posible incluso una elección posterior. Así, la elección tardía de alguna de las formas de representación no producirá otro efecto que el de la disminución del plazo habido para la mencionada fase de consultas en una suerte de solapamiento temporal que impiden por dicho motivo prolongar el periodo de tiempo dedicado a las mismas más allá del legalmente previsto.

Por su parte, y al margen de las vicisitudes que se pueden producir en relación con los plazos para la elección y opción en su caso por una comisión sindical o *ad hoc* de acuerdo a la voluntad de los trabajadores libremente expresada, con la nueva regulación se clarifica el debate habido en torno a la falta de

⁴²¹ ALONSO BRAVO, M. (2011, 197).

⁴²² ALONSO BRAVO, M. (2011, 200); BLASCO PELLICER, A. (2010, 74).

representación legal durante el periodo de consultas y, singularmente, en torno a las dudas que se proyectaban en un doble plano: en primer lugar a qué tipo de representación, unitaria o sindical, se refería el texto estatutario (art. 41.4 ET) como base o soporte de la facultad electiva que le correspondía ejercer a los trabajadores y, en segundo lugar, en que ámbito, empresa o centro de trabajo, debía ponderarse la inexistencia de representación legal.

En efecto, en relación a la primera de las cuestiones y de acuerdo a una interpretación literal de la norma y al sentido último que la expresión representación legal posee en el derecho laboral español, se había defendido que el tipo de representación cuya ausencia generaba automáticamente la posibilidad electiva anteriormente mencionada venía dada por la representación electiva, de esta forma *"basta que no esté constituida ninguna representación electiva para pueda entrar en juego la opción alternativa"*,⁴²³ interpretación que se ve reforzada por la alusión a la representación legal contenida en el artículo 26.3 del reglamento de desarrollo. Esta cuestión fue definitivamente despejada en tal sentido por el ya citado Real Decreto 11/2013.

Asimismo, y por lo que a la segunda de las cuestiones se refería, el ámbito en el que se debía proyectar dicha ausencia parece que debía coincidir con el ámbito de afectación en el que se pretende implementar la medida empresarial, no teniendo porqué coincidir dicho ámbito con el estrictamente empresarial. Y ello en base a una doble tipología de argumentos: la significación del centro de trabajo como ámbito de elección, y en su caso de representación de los órganos de elección unitaria, y la posibilidad electiva que contemplaba el párrafo segundo del artículo 4.a) del anterior reglamento regulador, y que se concretaba en la posibilidad de que los trabajadores de un centro de trabajo opten por atribuir la representación a los representantes existentes en otro centros de trabajo. Esta previsión, que no se contempla en

⁴²³ MOLERO MARAÑÓN, M.L. (2011,322).

materia de descuelgue o de modificación de condiciones, servía a una autorizada línea doctrinal para mantener una posición contraria en estos concretos ámbitos, y con anterioridad a la entrada en vigor del derogado Real Decreto 801/2011⁴²⁴, vinculando la noción empresa con el ámbito en el que debe evidenciarse la ausencia de representación legal⁴²⁵. En la actualidad, parece que es el centro de trabajo como concreto ámbito de afectación de la medida el que marca la posibilidad electiva anteriormente comentada.

En el contexto aludido, lo que parece evidente es la inadecuación de tramitar o sustanciar el mencionado periodo con los trabajadores individualmente considerados, ya que ello conlleva no sólo un vaciamiento del mencionado periodo sino una vulneración del principio de la buena fe negocial que, tal y como se expuso con anterioridad, constituye el fundamento sobre el que se asiente la legitimación de los poderes del empresario en materia de despido colectivo.

2.3. Los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos.

Con una ubicación sistemática ciertamente criticable⁴²⁶, el art. 85 del ET señala la posible inclusión en el contenido del convenio colectivo de *"procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los periodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 de esta ley"*. Se trata, en definitiva, de un precepto que *"formula una invitación a la redefinición, a través de la negociación colectiva, de las posiciones de trabajadores y empresarios con motivo de la descompensación del anterior equilibrio de los*

⁴²⁴ LAHERA FORTEZA, J. (2010, 364); GONZÁLEZ DE LENA, F. (2010, 197). Con base a la previsión contenida en el Real Decreto 801/2011 en el que se aludía (y pese a que algún pronunciamiento judicial considerara dicha posibilidad como un ultra vires) igualmente al centro de trabajo como base para valorar dicha ausencia. MOLERO MARAÑÓN, M. L. (2011, 186).

⁴²⁵ En sentido alternativo empresa o centro de trabajo y dependiendo del ámbito que vaya a ser objeto de afectación se pronunció CRUZ VILLALÓN, J. (2010, 98).

⁴²⁶ BLASCO PELLICER, A. (2007, 237).

poderes producida por la reforma: estos, a la fijación de límites a los acrecidos poderes de decisión empresariales⁴²⁷".

Pese a su desacertada ubicación, esta última fórmula ha podido, en cierta forma, ser reconducida y sistematizada por parte de los Acuerdos Interprofesionales que han recogido, tanto los autonómicos como los estatales, esta particular tipología de resolución de conflictos,⁴²⁸ en consonancia con la previsión legal recogida en el art. 51.2 del ET y con la previsión reglamentaria manifestada en tal sentido, que alude a la necesaria regulación del arbitraje dentro del periodo temporal efectivo de desarrollo de las consultas entre las partes, pudiendo no obstante dicha temporalidad ser disponible por las partes negociadoras en potencial conflicto en base a principios elementales de libertad de empresa y autonomía individual⁴²⁹.

La mencionada posibilidad estatutaria vino a complementarse con una doble previsión. Por una parte, la completa equiparación, desde el punto de vista de la eficacia, entre los laudos arbitrales que pudieran dictarse y los acuerdos alcanzados en el periodo de consultas. Por otra, la posible impugnación de dichos laudos por el mismo cauce que el fijado para impugnar aquellos otros dictados para la solución de las controversias derivadas de la aplicación de los convenios de acuerdo al art. 153.2 de la LJS.

Lo antedicho suscita, en forma de problemática, una doble consideración que ubicaremos, por razones sistemáticas, en un plano sustantivo y en otro procesal.

En el plano propiamente sustantivo, se trataría de buscar la vía que permita conjugar el carácter voluntario que debe poseer todo medio autónomo de

⁴²⁷ CASAS BAAMONDE, M.E. (1994, 4).

⁴²⁸ CRUZ VILLALÓN, J. (2009, 41).

⁴²⁹ CASAS BAAMONDE, M.E. (2013,6).

solución de conflictos, con la posible obligatoriedad de la vía arbitral impuesta en convenio por los sujetos negociadores.

Desde un sector doctrinal⁴³⁰, se ha aludido a la imposible obligatoriedad de los mencionados compromisos arbitrales sobre la premisa de un principio de voluntariedad que parece inspirar a las fórmulas extrajudiciales de solución de conflictos, refrendado por la necesaria ratificación de dicho laudo por las mayorías previstas en el art. 51.4 del ET,⁴³¹ refrendo que acentuaría el carácter necesariamente voluntario del arbitraje convencionalmente previsto.

Sin embargo, otros posicionamientos doctrinales no ven contradictoria la existencia de un arbitraje obligatorio en el ámbito aludido. Dicho con otras palabras, *"el esfuerzo de la regulación estatutaria por asegurar la representación de los intereses mayoritarios de los trabajadores en el conflicto que cierra el acuerdo de consultas ha de trasladarse al compromiso arbitral, para que también este despliegue eficacia general. Esta exigencia por equiparación no es contradictoria con la posible impugnación obligatoria del procedimiento arbitral en convenio colectivo ordinario, o en su caso, interprofesional⁴³²"; es decir, "ni el carácter normativo del convenio ni el derecho a la tutela judicial efectiva de los sujetos colectivos vinculados por el convenio impiden aquí la imposición convencional, directa o indirecta a través de acuerdos marco, de la sumisión de tales controversias a los procedimientos señalados".⁴³³*

A mi entender, es la última de las opciones doctrinales señaladas la que cuenta con un mayor grado de solidez. Y ello, porque la institución arbitral no debe ponderarse en abstracto, sino que se convierte en deudora, en el ámbito señalado, de lo preceptuado por los arts. 85 y 91 ET. Esto es, el reforzamiento de todas las potencialidades ínsitas en la negociación colectiva, entendido

⁴³⁰ NAVARRO NIETO, F. (1996, 184).

⁴³¹ BLASCO PELLICER, A. (2007, 130).

⁴³² CASAS BAAMONDE, M.E. (1994, 6).

⁴³³ CASAS BAAMONDE, M.E. (1994, 6).

como "poder normativo creador"⁴³⁴, debe permitir, con ayuda de una interpretación finalista de los preceptos estatutarios anteriormente reseñados, el entendimiento en clave de obligatoriedad del arbitraje convencionalmente previsto. Dicho de forma más precisa, *"si se admite el reconocimiento constitucional de la negociación colectiva como un poder de regulación y ordenación de las relaciones laborales en su conjunto y los característicos efectos normativos del convenio colectivo en nuestro ordenamiento, habrá de aceptarse también su capacidad para regular los mecanismos de solución de la conflictividad generada por la propia normativa estatal, imponiendo sus decisiones a los sujetos incluidos en el campo de aplicación."*⁴³⁵

La segunda de las problemáticas señaladas con anterioridad y que, denominaremos procesal - consiste en la impugnación del laudo en los mismos términos que los laudos dictados para la solución de controversias ex art. 91.4 del ET - abre dos posibilidades impugnatorias: o bien acudir al procedimiento de impugnación de convenio del art. 163 y ss LRJS, o bien acudir a la modalidad de conflicto colectivo del art. 153 y ss de la mencionada ley.

Bajo la legislación adjetiva anterior, se había apuntado que, si el procedimiento administrativo conducía a la obtención de una resolución administrativa, por cuanto el laudo arbitral no eximía de la necesaria obtención de la autorización administrativa eventualmente impugnable ante la jurisdicción contencioso-administrativa, podía existir un problema de coordinación entre el laudo arbitral y el sistema de autorización administrativa⁴³⁶. Por ello, y como solución ciertamente insuficiente, se había apuntado la posibilidad de atribuir, únicamente a la autorización administrativa, la validez y efectividad del despido. Y ello, con independencia de la suerte que corriese la eventual impugnación del laudo arbitral,

⁴³⁴ De esta forma definida por la STC 3/1994 de 17 de enero.

⁴³⁵ CASAS BAAMONDE, M.E. (1994, 6).

⁴³⁶ MONEREO PÉREZ, J.L/ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (1997, 194).

subsistiendo, por ende, el problema derivado de la eventual divergencia de contenidos⁴³⁷.

Ahora bien, los problemas de descoordinación derivados de esta *"superposición atropellada y no bien medida de procedimientos autónomos de solución de las controversias suscitadas en dicho procedimiento administrativo"*⁴³⁸, se acentúan por la equiparación estatutaria de los laudos con los acuerdos de consultas. Dicho con otras palabras, a la luz de la regulación legal anterior se hacía difícil coherencia la previsión del art. 51.6 ET, esto es, el control que efectuaba la autoridad laboral sobre el acuerdo de consultas y la eventual apertura del procedimiento de oficio, con lo preceptuado en el art. 85.1 del texto estatutario, que dispone que los laudos de consultas son impugnables en los mismos términos que aquellos otros emitidos en conflictos habidos en la interpretación y aplicación de los convenios colectivos, máxime cuando lo efectivamente impugnable era la propia autorización administrativa y no el acuerdo previo al que el laudo se asimilaba⁴³⁹.

En torno a la cuestión aludida, esto es, la vía procedimental adecuada para controlar los laudos, se han vertido diferentes opiniones por parte de nuestra doctrina⁴⁴⁰. Las opciones oscilan entre considerar que la autoridad laboral debe impugnarlo por las vías procedimentales aludidas en el artículo 91.4 ET (impugnación de convenios o conflicto colectivo⁴⁴¹), por las vías procedimentales abiertas en el art. 51 del Estatuto para la impugnación del acuerdo,⁴⁴² o por el procedimiento del art. 51 ET cuando concurren las causas que permitan su impugnación de oficio (junto con las vías abiertas por el art.

⁴³⁷ MONEREO PÉREZ, J.L./ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (1997, 195).

⁴³⁸ CASAS BAAMONDE, M.E. (1996. 13).

⁴³⁹ PRADO DE REYES, F.J./ALAMEDA CASTILLO, M^a TERESA (2003.361).

⁴⁴⁰ Sigo en este punto a NORES TORRES, L.E. (2000. 332).

⁴⁴¹ Habiéndose residenciado la distinción entre una u otra modalidad procesal en el criterio de la existencia o no de capacidad y legitimación para elaborar convenios colectivos estatutarios. De esta forma PÉREZ DEL RIO, T/ AGUILAR GONZÁLEZ, M^aC. (1996, 151).

⁴⁴² NAVARRO NIETO, F. (1996, 186).

91.4 ET cuando lo que se impugna son otros contenidos que apareciesen en el laudo al margen de la regulación de empleo.)

En mi opinión, debe descartarse, de acuerdo a la literalidad de la propia norma, la aplicación de las normas reguladoras del procedimiento de oficio⁴⁴³, al negar el control del laudo por la autoridad laboral y sí por los interesados, pudiendo por ello impugnarse el mencionado laudo por los cauces a los que remite el art. 91.2 ET, y que serían los propios de la impugnación de convenio⁴⁴⁴ y de la modalidad de conflicto colectivo.⁴⁴⁵ No obstante, cabe señalar que otro sector doctrinal entiende como de imposible utilización la primera de las vías aludidas, dado que el acuerdo que se pudiera dar en la fase de consultas no sería equiparable a un convenio colectivo estatutario, *"su cauce de impugnación no puede ser el propio de esta modalidad de norma colectiva"*.⁴⁴⁶

De esta forma, el laudo vincula a la Autoridad Laboral y si bien ésta puede impugnar el laudo dada la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, tal fiscalización debe descartarse respecto del arbitraje, aun a pesar de que el laudo dictado tenga eficacia jurídica de Convenio Colectivo, habida cuenta que la impugnación legal del mismo se limita al "recurso" previsto en el art. 91 ET.

2.4. El papel de la autoridad laboral durante la fase de consultas.

Dentro de los cambios operados en la actual configuración del procedimiento de despido colectivo, cobra una singular relevancia la función a desarrollar

⁴⁴³ Tal y como por otra parte parece referir la STSJ de Galicia de 2 de julio de 1996.

⁴⁴⁴ STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de julio de 1998 (AS 1998/2990.)

⁴⁴⁵ NAVARRO NIETO, F. (1996, 185). En sentido contrario, y reconociendo por tanto, la posible impugnación de oficio BAYLOS GRAU, A. CRUZ VILLALÓN, A. FERNÁNDEZ LÓPEZ. (1995, 401).

⁴⁴⁶ En tal sentido VALDÉS DAL - RE, F. (1994,422).

por la autoridad laboral durante la tramitación de la fase de consultas, auténtico eje sobre el que discurre la decisión extintiva empresarial.

Con anterioridad a la reforma laboral del 2012, la existencia de un auténtico procedimiento administrativo especial (*rectius*: particular) provocaba el necesario auxilio en clave de supletoriedad del procedimiento general, esto es, de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tal y como se encargaba de recordar el texto estatutario (*"en lo no previsto en el presente artículo será de aplicación lo dispuesto en la ley 30/92 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en particular en materia de recursos"*). En razón de ello, se aludía expresamente a una fase de instrucción que transcurría desde la recepción de la solicitud empresarial por parte de la autoridad laboral hasta el momento de la resolución administrativa, caracterizada a su vez, por un principio rogatorio en el que " (...) *la autoridad laboral comprobará que reúne los requisitos exigidos requiriendo, en caso contrario, su subsanación por el empresario en un plazo de diez días, con la advertencia de que si así no lo hiciere, se le tendrá por desistido de su petición con archivo de las actuaciones*" (art. 51.3 ET). Este precepto venía a particularizar lo reseñado en el artículo 71 de la ley administrativa común, a tenor del cual " *si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo anterior (...) se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane las faltas o acompañe los documentos preceptivos con indicación de que si así no lo hiciera, se tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42*".

La actual configuración sustantiva del procedimiento de despido colectivo si bien limita el alcance del protagonismo administrativo, no por ello deja de tener relevancia en una triple dimensión, que podemos de forma sistemática enunciar de la siguiente manera de acuerdo a las menciones expresamente consignadas en el art. 10 del reglamento de desarrollo: (i) velar por la

efectividad del periodo de consultas remitiendo advertencias y recomendaciones a las partes; (ii) realizar las necesarias labores de mediación a petición de ambas partes y, (iii) requerir el preceptivo informe a la inspección de trabajo.

2.4.1. La efectividad del periodo de consultas. Advertencias y recomendaciones.

Tradicionalmente, el protagonismo de la Administración en este momento inicial, esto es, desde la recepción de la solicitud, no sólo se limitaba al control de los aspectos puramente formales; también incidía en el examen sobre la adecuación del propio procedimiento. Dicho con otras palabras y, por concretar la anterior afirmación, en la medida en que la opción por acudir a un despido individual/plural o colectivo no dependía de una voluntad empresarial, sino de la concurrencia de los parámetros cuantitativos y numéricos fijados por el propio legislador, la propia Administración debería advertir en los términos señalados la procedencia o improcedencia de la vía utilizada. En este concreto punto y de acuerdo a la anterior regulación de dicha figura, y ante la improcedencia formal de la vía utilizada, la autoridad laboral dictaría una resolución declarando la incorrección del procedimiento utilizado, pudiendo la misma como es lógico ser impugnada por vía de alzada.

La supresión del elemento autorizador, y consiguiente eliminación del procedimiento administrativo en cuanto tal, modifica el papel de la Administración en este primer momento, reconducido a la emisión de aquellas recomendaciones y advertencias que se estimen necesarias dentro del contexto general de efectividad que debe presidir el desarrollo de la fase de consultas. Dicha posibilidad de intervención y consiguiente supresión del procedimiento administrativo propiamente dicho imposibilita por tanto atribuir a la Administración su tradicional papel encaminado a subsanar aquellos defectos que se hubieran observado en la tramitación del procedimiento administrativo siendo los mismos no obstante, objeto de un

posterior y eventual control judicial. Dicha cuestión y los efectos nocivos que de ello se pudieran derivar, particularmente como consecuencia de una eventual declaración judicial de nulidad del despido, parecen intentar subsanarse por medio de la atribución a la inspección de trabajo de la constatación de que la documentación aportada por el empresario debe acompañar a la comunicación de inicio del procedimiento, y la misma se corresponde con la legalmente exigida, en una suerte de intercambio de roles con la antigua labor de subsanación efectuada por la autoridad laboral.

2.4.2. La realización de las labores de mediación o funciones de asistencia. Recepción de la comunicación sobre la posible venta de bienes de la empresa.

Una de las principales críticas vertidas al RD 3/2012 vino dada por la eliminación de todo protagonismo de la Administración durante el desarrollo de la fase de consultas entre las partes implicadas en el procedimiento de despido. Esta falta de protagonismo que, a su vez, venía dada no sólo por la supresión del papel autorizador de la Administración sino por la marginación que sufría la Administración del papel mediador que le reconocía la propia directiva comunitaria. Esta cuestión determinó que voces autorizadas de nuestra doctrina científica entendieran que, con posterioridad a la aprobación del mencionado RD, nos encontráramos más alejados de una correcta trasposición de la Directiva y de lograr su efecto útil, que con anterioridad a dicha aprobación de urgencia⁴⁴⁷. Por ello en la posterior tramitación parlamentaria y en la consiguiente convalidación del mencionado Real Decreto Ley por la Ley 3/2012 se introdujo una clara referencia al papel mediador de la Administración a solicitud de las partes implicadas así como la posible asistencia, de oficio o a instancia de parte, en todas aquellas cuestiones que se susciten durante el desarrollo de la misma, a modo de concretas manifestaciones de la búsqueda activa de soluciones a las que se

⁴⁴⁷ CABEZA PEREIRO, J. (2012,189).

refiere el art. 4.2 de la Directiva. Asistencia en materias tales como el plan de recolocación o las medidas sociales de acompañamiento a las que expresamente se refiere el Reglamento de desarrollo (art. 10.2 y 3).

2.4.3. El informe de la inspección de trabajo y seguridad social.

Una de las manifestaciones prioritarias del principio de rogación que regía la actuación de la administración durante la tramitación del procedimiento administrativo venía dada por la petición de informes necesarios para el cumplimiento de las funciones que la Administración tenía atribuida.

De esta forma y en consonancia con dicha posibilidad, el art. 51.2 del texto estatutario anterior a la reforma operada por el RDL 3/2012 hacía precisamente referencia a la preceptiva solicitud de informe a la inspección de trabajo y seguridad social que, de acuerdo con la literalidad del precepto debía versar sobre *"sobre los extremos de la comunicación a que se refiere los párrafos anteriores y sobre el desarrollo del período de consultas"* debiendo ser evacuado en el improrrogable plazo de 15 días.

En la actual configuración del despido colectivo, el mencionado informe se configura como "un informe de hechos y de derecho"⁴⁴⁸, no sólo sobre las causas esgrimidas, sino sobre el resto de aspectos reflejados en el precepto estatutario.

No obstante y en consonancia con la pérdida de protagonismo de la autoridad laboral en el desarrollo del procedimiento de despido colectivo, la actual configuración del mismo atribuye a la inspección de trabajo novedosas funciones que venían siendo conferidas con anterioridad no sólo a la Administración laboral sino además a la propia autoridad judicial. De esta forma el informe a emitir por la inspección de trabajo deberá pronunciarse no sólo sobre los extremos de la comunicación inicial así como sobre el desarrollo

⁴⁴⁸ CABEZA PEREIRO, J. (2012, 190).

del periodo de consultas, sino sobre la corrección de la documentación presentada, la no concurrencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho o el intento de obtener indebidamente prestaciones de desempleo en la mencionada fase de consultas. Adicionalmente en el eventual acuerdo que hubiera de adoptarse, el cumplimiento con los extremos aludidos en el art. 3.1 actualmente vigente, así como el respeto a las prioridades de permanencia fijadas, o el correcto desarrollo de la fase de consultas con las exigencias temporales vertidas en el art. 7 del RD vigente y, en definitiva, la observancia de las previsiones en materia de medidas de acompañamiento social o planes de recolocación externa.

Este conjunto de previsiones convierten al informe de la inspección actuante en verdadera bóveda del procedimiento de despido colectivo, no sólo en su dimensión meramente informativa, sino en todas aquellas cuestiones al margen de la causalidad alegada que pudiera conllevar un pronunciamiento judicial contrario a la medida empresarial que se pretendiera implementar.

Precisamente y sobre la última de las cuestiones apuntadas, examen de la causalidad de la medida por parte de la inspección actuante, se han vertido distintas opiniones, que conviene al menos dejar reflejadas. De esta forma, y junto con aquellos autores que parecen decantarse por dicha posibilidad examinadora⁴⁴⁹, otro sector de nuestra doctrina parece blindar la causalidad de la medida a una posible intervención por parte de la inspección de trabajo. Así, *"teniendo en cuenta que el informe debe pronunciarse no sobre la causa en sí sino si se ha especificado o no la misma en la comunicación, unido a la constatación de que no se exige que no se pronuncie sobre la memoria justificativa de la causa que ha de acompañar a la comunicación y a la supresión de la facultad de la autoridad administrativa de fiscalización previa*

⁴⁴⁹ CABEZA PEREIRO, J. (2012, 190).

del despido” serían razones que avalarían “que el informe de la inspección no debe pronunciarse sobre si existe o no causa para el despido colectivo⁴⁵⁰”.

Los últimos criterios de la inspección parecen decantarse porque el informe “no debe entrar a analizar la existencia o suficiencia de las causas alegadas por la empresa para despedir” (criterio operativo 92/2012), ni aún en el supuesto de que la autoridad judicial solicitara un informe ampliatorio o valorativo de la concreta causa alegada, ya que dicha petición de acuerdo al mencionado criterio técnico carecería de apoyo legal expreso.

2.5. La finalización del periodo de consultas con acuerdo.

2.5.1. Antecedentes normativos. La naturaleza homologadora del acto administrativo autorizador.

De acuerdo a la regulación anterior al RDL 3/2012, para el caso que la fase de consultas concluyera con acuerdo, la autoridad laboral debería “dictar en el plazo de siete días naturales resolución autorizando la extinción de las relaciones laborales” (arts. 51.5 y 14 del Real Decreto). Nos encontrábamos ante una mera homologación del acuerdo al que habían llegado los sujetos negociadores, ya que *“en los expedientes paccionados no le compete a la Autoridad Laboral enjuiciar la suficiencia de las causas alegadas y estimadas como suficientes por la representación legal de los trabajadores al asumirlas con la suscripción del acuerdo”*, en palabras del Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁴⁵¹. Pero la existencia de acuerdo no merecía ser despachada con una aparente automaticidad de la resolución administrativa, pues parecía evidente, de acuerdo a la legislación anterior, que el examen de la concurrencia de los elementos que permitían la remisión del acuerdo a la

⁴⁵⁰ GIL PLANA, J. (2012, 180).

⁴⁵¹ STSJ de la Comunidad de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 12 de enero de 2004. RCA 1568/1998.

autoridad laboral para la iniciación de la vía de oficio requería el necesario examen de la causalidad alegada.

Ahora bien, alguna precisión en torno a la naturaleza del acto homologador deviene necesaria.

La naturaleza del acto se mostraba, a mi entender, como evidente. Nos hallábamos ante un acto administrativo, ante un acto administrativo bifronte o de doble efecto en la medida en que se trata de un acto único con doble efecto tanto para la parte social como para la parte empresarial⁴⁵². *Ad abundantiam*, se trataba de un acto administrativo reglado o, dicho de forma más precisa, ante una autorización vinculada o reglada⁴⁵³, reducida a controlar la legalidad del acuerdo.

La mencionada homologación debía producirse en los términos exactos del acuerdo, sin dejar margen valorativo o correctivo a la Administración que pudiera cuestionar en términos de idoneidad o de oportunidad el mismo. Dicho de otra forma, el contenido de dicha resolución se hallaba predeterminado⁴⁵⁴, debiendo la Administración asumir el acuerdo alcanzado entre las partes sociales.

El carácter homologador y el efecto de automaticidad que el mismo conllevaba encontraba una doble excepción: por una parte, la posible observancia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho y, por otra, cuando se estimara que el acuerdo podía tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de causa motivadora de la situación legal de desempleo. Estas circunstancias podían a su vez ser apreciadas de oficio o previa denuncia de los

⁴⁵² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (1993, 147).

⁴⁵³ MONEREO PÉREZ, J.L./FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (1997, 281).

⁴⁵⁴ FUENTES RODRÍGUEZ, F. (1996,179).

intervinientes en la tramitación del procedimiento, sin que dicha denuncia pudiera reputarse de imperativa observancia.

No obstante también debemos dejar constancia que desde algunos sectores se había entendido, atenuando la naturaleza simplemente homologadora de la mencionada resolución administrativa, que dicho examen podía extenderse incluso al control de legalidad de lo pactado o, *"a cualquier anormalidad jurídica que la autoridad laboral pueda observar derivada del desarrollo y conclusión del proceso"*,⁴⁵⁵ posibilidad ésta que parecía acoger la regulación reglamentaria contemplada en el ya derogado Real Decreto 801/2011 al posibilitar examinar la corrección del procedimiento.

Cierto es, no obstante, que la doctrina judicial había considerado que la modalidad procesal de oficio por la que debían tramitarse los vicios anteriormente enumerados sólo tenía cabida en los supuestos taxativamente fijados por la ley. De esta forma la STSJ de Extremadura de 24 de octubre de 1995⁴⁵⁶ estableció que: *"ha de llegarse a la conclusión de la improcedencia de la vía del proceso de oficio seguida, al no permitirla el ordenamiento jurídico, por cuanto que los procesos especiales están pensados para los casos que en «numerus clausus» señala el mismo, por lo que ha de decretarse la inadecuación del proceso de oficio seguido, y la nulidad de la sentencia de instancia y de todas las actuaciones y reservando a las partes las acciones de que se crean asistidas para poder ejercitarlas por la vía ordinaria si procediera"*.

⁴⁵⁵ En sentido contrario QUIRÓS HIDALGO, J.G. (2009, 180). Interpretación que parece más acertada y ello sin perjuicio de poder impugnar las diversas cuestiones en vía administrativa y jurisdiccional.

⁴⁵⁶ AS 1995/4063.

2.5.2. La actual configuración del acuerdo durante el desarrollo de la fase de consultas. En torno a su naturaleza jurídica.

Una de las cuestiones problemáticas en la temática analizada viene dada por la naturaleza jurídica de los acuerdos alcanzados durante el periodo de consultas.

Ha de indicarse, primeramente, que nos encontramos ante una cuestión objeto de importantes discrepancias doctrinales que requieren, en orden a una adecuada inteligencia, una aproximación fundamentada sobre bases suficientemente sólidas. En este sentido, dos son elementos que, a mi entender, posibilitan la mencionada solidez; o, dicho con otras palabras, la reducción de los márgenes de discrepancia.

Un primer elemento vendría dado por la necesaria configuración de los mencionados acuerdos como modalidad o subclase de los denominados acuerdos de empresa. Es decir, nos encontraríamos ante típicos acuerdos de reorganización productiva o de reestructuración de plantillas⁴⁵⁷, ante un auténtico pacto de reorganización empresarial resultado de un auténtico proceso de negociación colectiva⁴⁵⁸ o, en su caso, ante acuerdos de gestión empresarial⁴⁵⁹.

Por su parte, el segundo de los elementos se nutriría de la consideración de los reseñados acuerdos como expresión de una actividad de negociación colectiva que el propio ET se encarga de regular. Por precisar la anterior afirmación, estaríamos ante la expresión de una negociación colectiva típica en su función, contenido y efectos⁴⁶⁰. Esto es, y por utilizar las palabras de

⁴⁵⁷ NAVARRO NIETO, F. (1996, 178).

⁴⁵⁸ FUSTÉ MIQUELA, J.Mª. (1996, 263).

⁴⁵⁹ SÁEZ LARA, C. (1995, 547).

⁴⁶⁰ CASAS BAAMONDE, M.E. (1994, 2).

nuestro Alto Tribunal, ante *"un producto de la negociación colectiva constitucionalmente reconocido en el artículo 37 de la Constitución"*⁴⁶¹.

Definidos los dos elementos de consenso, surgen las discrepancias en torno a la naturaleza de los mencionados acuerdos, las cuales podemos presentar desde una doble perspectiva.

En primer lugar, considerar que los acuerdos alcanzados tras un periodo de consultas pertenecen a la familia de los convenios colectivos en sentido amplio. Dicho entendimiento parte de una previa consideración y es que si los sujetos legitimados para negociar estos acuerdos de empresa son los representantes de los trabajadores en la misma medida que en los convenios de empresa o de ámbito inferior, podrá concluirse que estos acuerdos de empresa comparten la fuerza vinculante y la eficacia general propia de los convenios colectivos⁴⁶².

En segundo lugar, entender que estos acuerdos de crisis no aportan ninguna regulación y se configuran como una simple procedimentalización de los poderes del empresario. Se trataría de simples acuerdos *"que por su origen (la autonomía colectiva) y por su carácter contractual se aproximan mucho al convenio colectivo, pero su limitado alcance de ningún modo puede cumplir las funciones de éste"*⁴⁶³ situándose al margen de la doble manifestación típica de la negociación colectiva.

Procede, siquiera de forma somera, hacer alguna consideración sobre los elementos configuradores de los mencionados acuerdos. Consideraciones que transcurren de forma paralela a la reflexión en torno a los dos elementos que cualifican su eficacia: el de la naturaleza jurídica y el de la eficacia personal, tomando como punto de partida y de reflexión teórica la sentencia del Alto

⁴⁶¹ STS de 21 de enero de 1997.

⁴⁶² GONZÁLEZ ORTEGA, S. citado por BLASCO PELLICER, A. (2007,137).

⁴⁶³ GARCÍA MURCIA, J. (2004, 99).

Tribunal de 21 de enero de 1997, que señala de forma concluyente que nos encontramos ante *"un acuerdo informal carente de eficacia normativa o fuerza vinculante cualificadora de las normas jurídicas, que no crea derecho objetivo, sino que su eficacia es la contractual, como han declarado multitud de sentencias, aunque en la materia haya algo más que el simple marco de la teoría general de las obligaciones, pues se trata de un contrato de naturaliza colectiva"*⁴⁶⁴.

En cuanto a la última de las eficacias aludidas, y desde una perspectiva personal de aplicación, la práctica unanimidad de nuestra doctrina la caracteriza como general o *erga omnes*, afectando al mencionado acuerdo, por ende, a todos los trabajadores de la empresa al menos desde un punto de vista potencial o, dicho con otras palabras, no debe identificarse *per se* la eficacia general de este tipo de acuerdos con el ámbito de aplicación de los mismos⁴⁶⁵.

Menos pacífica es, desde luego, las consideraciones o debates habidos desde el punto de vista de la eficacia jurídica. Existen, en este punto, dos alternativas posibles, fundadas ambas en sólidas posiciones.

En efecto, para un sector doctrinal la eficacia jurídica predicable de estos acuerdos es la propia de aquellos productos típicos de la negociación colectiva. Y ello en base a una doble combinación de argumentos. Por una parte, en la similitud existente en la fase de aprobación entre esta tipología de acuerdos y los convenios colectivos estatutarios regulados en el Título III del ET⁴⁶⁶ y, por otra, al desplegar efectos sobre sujetos no firmantes de los mismos⁴⁶⁷. Como es apreciable, ambos argumentos descansan en torno a la misma

⁴⁶⁴ STS 21 de enero de 1997 (Rec. 1063/1996).

⁴⁶⁵ GARCÍA MURCIA, J. (2004, 107).

⁴⁶⁶ Argumentación que parte, obviamente, de la eficacia normativa de los convenios colectivos estatutarios, tratándose por tanto de un silogismo que presupone como evidente una de sus premisas.

⁴⁶⁷ NORES TORRES, L.E. (2000, 237).

premisa, esto es, la equiparación de los acuerdos de consultas con los convenios colectivos estatutarios.

Un segundo sector doctrinal afirma que la eficacia jurídica de estos instrumentos colectivos es meramente contractual, *"tienen más parte obligacional que normativa"*⁴⁶⁸. Los argumentos para dicha inteligencia vendrían dados por una doble consideración:⁴⁶⁹ para su aprobación no son requeridos los condicionamientos formales exigibles para aquellos instrumentos que poseen valor normativo (publicación) y, por otra parte, los meritados acuerdos no poseen una auténtica y verdadera vocación de permanencia, siendo por el contrario una manifestación de la negociación colectiva que se agota en sí misma, en su propio cumplimiento. Desde este último punto de vista, esta tipología de acuerdos sería una especie de *tertium genus*, por lo que nos encontraríamos pues *"ante una especie híbrida entre la negociación colectiva y los acuerdos de naturaleza contractual (...). En definitiva, una categoría jurídica nueva, caracterizada por la ausencia de valor normativo, y con eficacia potencial general, pero actual limitada"*⁴⁷⁰.

En mi opinión y al margen de las teorías que en relación a la mencionada tipología de acuerdos se pudieran establecer, lo cierto es que podría acogerse una fórmula de síntesis que permitiera recoger aquellas notas que mejor definen a esta particular tipología de acuerdos.

En primer lugar parece evidente que nos encontramos ante un acuerdo colectivo dada la intervención de los sujetos colectivos que el mismo se produce. Seguidamente nos hallaríamos ante un acuerdo novatorio⁴⁷¹ dada la potencialidad extintiva de las relaciones contractuales que a su amparo se pueden producir.

⁴⁶⁸ GARCÍA MURCIA, J. (2004, 109).

⁴⁶⁹ NORES TORRES, L.E. (2000, 237).

⁴⁷⁰ SANTOS FERNÁNDEZ, R./ TORRENTE GORI, S. (1995, 163).

⁴⁷¹ Caracterización expuesta por FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (1993, 75).

Finalmente y en cuanto su naturaleza jurídica, esto es, a su cualidad jurídica diferenciadora, este acuerdo de reorganización productiva no presenta, a mi entender, particularidad alguna respecto a los otros productos de la negociación colectiva, debiendo reputarse como un acuerdo de voluntades con independencia de la cualidad de los protagonistas de que intervienen en el mismo. Y esta naturaleza propia de un acuerdo no se muestra incompatible con el carácter normativo que del mismo se predica.⁴⁷² Una inteligencia contraria que predicara la incompatibilidad de ambas notas y que degradara la cualidad normativa de estos acuerdos estaría fundada, tal y como se ha apuntado, en una confusión entre la función normativa del convenio y la forma a través de la cual dicha función se instrumenta⁴⁷³.

Igual de problemática se presenta la conceptualización de los acuerdos alcanzados entre la empresa y la comisión *ad hoc* de trabajadores designada ante la ausencia de representación legal. En este caso, la cuestión se centraría en dilucidar si la falta de representación en sentido amplio posibilitaría atribuir a los acuerdos alcanzados la cualidad de productos propios y específicos de la negociación colectiva. Coincido en este punto con un sector de la doctrina científica que considera que la denominación de estos acuerdos sería la propia de un simple acuerdo plural⁴⁷⁴ y que en ningún caso se trataría de una manifestación de la negociación colectiva *"al quebrar las reglas de legitimación colectiva que caracterizan y distinguen al instrumento colectivo en nuestro sistema de relaciones laborales"* ⁴⁷⁵, posibilidad finalmente recogida en el art. 28 del Reglamento de desarrollo, al indicar expresamente que "sólo se considerará acuerdo colectivo en el periodo de consultas aquel que se haya adoptado por los sujetos a los que se refiere el art. 26".

Con carácter genérico, la finalización del periodo de consultas va acompañada, en consonancia con lo previsto en el artículo 12 del Reglamento

⁴⁷² Caracterización dada por FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J. (1993, 75).

⁴⁷³ VALDÉS DAL - RE, F. (2004, 31).

⁴⁷⁴ ALFONSO MELLADO, C.L. (2010,127).

⁴⁷⁵ MOLERO MARAÑÓN, M.L. (2010, 328).

de desarrollo, por una doble previsión de tipo sustantivo y temporal. La previsión sustantiva viene informada por la obligada comunicación a la autoridad laboral del resultado del periodo de consultas así como de la decisión final que sobre los despidos colectivos se hubiera de adoptar. Desde el punto de vista temporal la previsión alude al plazo de 15 días como referencia temporal que debe enmarcar dicha comunicación, plazo cuya superación determinaría el desistimiento empresarial a tenor de lo mencionado en el artículo 12.4 del Reglamento. Este desistimiento no parece desde luego la figura más idónea con la que caracterizar dicha falta de comunicación ya que parece remitirse o aludir a un procedimiento administrativo inexistente en la actualidad.

2.6. La comunicación extintiva.

Finalizado el periodo de consultas, con o sin acuerdo, dos son las cuestiones que se suscitan de inmediato y en las que conviene detenerse, si quiera de forma sucinta: (i) el plazo temporal que ostentaría el empresario para la ejecución de los despidos y (ii) los requisitos que debe informar la posterior comunicación extintiva empresarial. El examen de estas cuestiones permite ponderar en buena medida la evolución normativa habida respecto a dos temas objeto de una importante problemática.

Para un análisis pausado del comportamiento empresarial posterior a la fase de consultas, debe tenerse en cuenta primeramente que, en caso de acuerdo, basta remitir una simple copia del mismo a la autoridad laboral sin perjuicio de la concreta ejecución de los despidos que se pretendiera llevar a cabo, notificando en una suerte de reiteración la voluntad empresarial extintiva a la propia representación de los trabajadores. En caso de desacuerdo, el empresario deberá trasladar a la representación de los trabajadores y a la propia autoridad laboral la decisión sobre el proyecto de despido colectivo instado.

(i) La primera de las cuestiones planteadas admitía, al amparo de la legislación anterior, esto es, aquella caracterizada por la existencia de una previa resolución administrativa, y pese al silencio del legislador en este concreto punto, la fácil solución de incorporar en la resolución administrativa el plazo en el cual estaban previstas efectuar las extinciones, que recordemos se instituía en contenido obligatorio de la solicitud inicial. El problema se planteaba en aquellos casos en que la resolución omitía cualquier indicación temporal al respecto. En estos casos, la mayoría de la doctrina se inclinaba por considerar que los despidos deberían efectuarse en un plazo temporal razonable y prudencial⁴⁷⁶. Así se habían manifestado diversos pronunciamientos judiciales, como la STSJ de Cataluña de 10 de febrero de 1998⁴⁷⁷: *la resolución recaída en expediente de regulación de empleo que autoriza a dar por terminada la relación laboral, aunque no implica necesariamente que los ceses hayan de producirse de forma inmediata y automática, ello no faculta ni autoriza al empresario para llevarlos a cabo sino a partir de la fecha en que obtuvo la autorización de acuerdo con las necesidades de la misma lo que no puede valorarse como autorización en blanco o «sine die» sino como obligada necesidad de llevar a cabo la efectiva extinción de la relación laboral en un tiempo prudencial*".

Por ello, las extinciones no llevadas a cabo en un plazo razonable deberían conllevar una declaración de nulidad vinculada a dicha extemporaneidad⁴⁷⁸.

Cierto es en este punto que algún pronunciamiento había considerado que el no uso por parte del empresario de la autorización administrativa podría conllevar una exigencia del trabajador en tal sentido. Así la STSJ de Cataluña de 23 de diciembre de 2009⁴⁷⁹ señaló que: "*La censura jurídica no puede*

⁴⁷⁶ Sigo en este punto a TASCÓN LÓPEZ, R. (2009, 219).

⁴⁷⁷ AS 1040/1998.

⁴⁷⁸ BLASCO PELLICER, A. (2007, 241).

⁴⁷⁹ AS 2010/306. Criterio adoptado igualmente en la STSJ de Cataluña de 10 de julio de 1998 (AS 1998/3192) que acogió la pretensión de la trabajadora de extinguir su contrato de trabajo por haber transcurrido un lapso temporal de casi tres meses (27 de marzo fecha de la autorización; 18 de junio primer requerimiento de la trabajadora

*prosperar. El Tribunal Supremo en Sentencia de 30 octubre 19f89 (RJ 1989, 7465) ha puesto de relieve que aun cuando las resoluciones administrativas que ponen término a los expedientes de regulación de empleo gocen de ejecutividad, eso no quiere decir que extingan o suspendan por sí mismas las relaciones laborales a que afecten, ya que para que ello ocurra ha de existir una posterior decisión del empresario que, amparada en los mismos, ponga en práctica o haga efectiva la extinción o suspensión; pero esto no quiere decir que si la decisión del empresario no se produce el trabajador no pueda exigirla con fundamento precisamente en los pactos que sirvieron de base a la resolución administrativa, del mismo modo que los trabajadores pueden solicitar la incoación del expediente de regulación en los casos a que se refiere el artículo 51.9 ET cuando no lo hace el empresario, pues el pacto en que se plasma el acuerdo entre las partes a los efectos del despido colectivo no genera exclusivamente derechos para el empleador, sino que es fuente de derechos y obligaciones para ambas partes pues conforme establece el artículo 1256 del Código Civil (LEG 1889, 27) la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, y conforme al artículo 1258 del mismo cuerpo legal los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.” Esta decisión quedaba fundamentada, por tanto, en la existencia de un acuerdo de obligado cumplimiento o, dicho con otras palabras, en la imposibilidad de dejar el cumplimiento del acuerdo, que es lo que en definitiva subyace, al libre albur de una de las partes. Esta línea judicial entronca con algún pronunciamiento del Tribunal Supremo emitido en idéntico sentido y que *obiter dicta* refería igual solución⁴⁸⁰, aunque ciertamente resultaba igualmente evidente la desnaturalización del sentido*

en orden a exigir el cumplimiento de lo pactado. En idéntico sentido SJS núm. 4 de Sevilla de 26 de abril de 2002 (AS 2002/1634).

⁴⁸⁰ STS de 3 de julio de 1987 (RJ 1987/5075).

habilitador y no extintivo de la resolución autorizadora que se hubiera de dictar.

En la actualidad, la cuestión temporal, esto es, el plazo para llevar a cabo los concretos despidos que se habían proyectado implementar, viene en buena medida mediatizada por la declaración del art. 51.4 del ET, que alude al hecho de que, una vez comunicada a los representantes de los trabajadores la decisión del despido colectivo instado, el empresario podrá notificar individualmente los despidos a los trabajadores afectados debiendo en todo caso haber transcurrido como mínimo treinta días entre la comunicación de apertura del periodo de consultas y la efectividad del propio despido.

Dicha previsión, que pretende indudablemente velar por la existencia real y efectiva del periodo de consultas, no acaba de precisar algunas cuestiones a las que necesariamente alude el reglamento regulador para su concreción y que viene, en buena medida, a solventar las dudas interpretativas propias de la legislación anterior. Me estoy refiriendo al plazo de comunicación a los trabajadores afectados, que se acota en el RD a los 15 días que como máximo posee el empresario desde la finalización del periodo de consultas para emitir dicha comunicación individualizada y a las consecuencias de la falta de comunicación, en la que despejando las dudas anteriores se concreta en un desistimiento o, para ser más precisos, y no introducir conceptos propios de una tramitación administrativa, en la imposibilidad de notificar los despidos de forma individual. En este sentido algún pronunciamiento judicial⁴⁸¹ ha señalado la falta de previsión legal que permita amparar un comportamiento empresarial, consistente en *"dejar al arbitrio de la representación empresarial la designación sine die de los posibles trabajadores que vayan a ser afectados"*, debiendo distinguirse entre la posibilidad de proceder a las extinciones individualizadas en fechas distintas de la necesaria fijación del

⁴⁸¹ STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2012 (AS 2012/1049).

plazo de afectación de dichas extinciones que se configura como un requisito de validez del procedimiento extintivo.

(ii) El análisis de la segunda de las cuestiones, la de las exigencias formales de la comunicación extintiva, debe partir de la regulación normativa precedente, en la que, aún constatando el silencio del legislador, el consenso habido en este punto se vertebraba en derredor de la STS de 20 de octubre de 2005⁴⁸², que aludía a la suficiencia formal de la comunicación extintiva que se veía acompañada de la propia resolución autorizadora, cuando en ésta no se plasmaba una relación nominal de trabajadores. Así: *"Si al trabajador concreto que se le cesa como consecuencia de un despido colectivo, la empresa no sólo le comunica ese cese por escrito, sino que además, unida a esa comunicación, le hace entrega de una copia de la resolución que autorizó dicho despido colectivo, muy difícilmente puede afirmarse que no se comunicó a tal trabajador la causa del cese. Los ceses derivados de un despido colectivo no tienen otras causas que las que expresa la resolución administrativa que lo autoriza; no siendo posible ni válido fundar aquellos ceses en razones o motivos ajenos o distintos de los que esa resolución administrativa consigna"*. Es decir, tal y como recoge la STS de 10 de julio de 2007,⁴⁸³ *"en esta clase de despidos no hay realmente carta de despido, ni tiene que cumplirse lo que dispone el art. 53 del Estatuto de los Trabajadores, que, como ya se dijo, nada tiene que ver con ellos. El vicio o defecto comentado podrá suponer la infracción de los arts. 12, 11 y 6-1-b) del Real Decreto 43/1996 en relación con el art. 51 del ET, pero nunca puede vulnerar dicho art. 53"*. Por tanto, y sobre la base de la inexistencia de identidad de razón entre el despido colectivo y el despido objetivo ex art. 52.c), no resultarían aplicables, a la primera de las modalidades extintivas, los requisitos de forma contenido en el art. 53 del mismo texto legal. Ahora bien, dicha afirmación no debía conducir a afirmar en sentido contrario que en la comunicación extintiva empresarial se podía omitir cualquier referencia a los

⁴⁸² RJ 2006/812.

⁴⁸³ RJ 2007/8224.

criterios que permitían al trabajador afectado conocer los motivos de su afectación. Y dicha exigencia debe ser objeto de ponderación tanto en las resoluciones que contienen una relación nominal detallada de los trabajadores afectados como en aquellas resoluciones innominadas o abiertas que omitan cualquier relación al respecto.

La problemática aparecía enunciada de forma absolutamente compleja tanto en su planteamiento como en su eventual resolución. Ciertamente debemos estar de acuerdo con aquella opinión que señala que, en los supuestos en que la resolución administrativa no incluía lista nominativa de los trabajadores afectados, se deben indicar en la comunicación extintiva las causas o razones que fundamentan la inclusión de un concreto trabajador⁴⁸⁴. Idéntico sentido fue defendido por diversos pronunciamientos de suplicación, entre los que destaca la STSJ de la Comunidad de Madrid 17 de septiembre de 2007, a tenor de la cual⁴⁸⁵ *"esos criterios y reglas para la determinación de los empleados incluidos en el despido colectivo, tienen que recogerse y expresarse en la propia resolución administrativa que lo autoriza. Pero si esa resolución administrativa ni especifica personal e individualizadamente quiénes son los trabajadores a quienes alcanza ese despido objetivo, ni tampoco expresa los criterios o pautas objetivas para llevar a cabo esa especificación, resulta que esa resolución carece de virtualidad para justificar el cese de cualquiera de los trabajadores de la empresa, al faltar los elementos y datos necesarios para saber quiénes son los trabajadores afectados por el cese; es obvio que el incumplimiento de lo que prescriben los arts. 12, 11 y 6-1b) del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, en relación con el art. 51 del ET hace imposible determinar quiénes son los empleados que están comprendidos en aquella resolución.*

Por ello si el trabajador cesado en estos casos formula una demanda análoga a las que se acaban de comentar, el Tribunal deberá acogerla favorablemente

⁴⁸⁴ En este sentido BLASCO PELLICER, A. (2007, 250).

⁴⁸⁵ AS 2007/3023.

y declarar la nulidad del cese, como se ha indicado al final de párrafo inmediato anterior, ya que la resolución administrativa carece de eficacia y efectividad para poder incluir al empleado demandante en el despido colectivo de que se trata (...)".

Dicha resolución, expresiva de una determinada línea judicial que obligaba a incorporar en la comunicación extintiva los criterios y razones que determinan la selección de los trabajadores finalmente afectados, particularmente en los supuestos de inobservancia de dicha fijación por parte de la resolución autorizadora, incurría, a mi entender, aún bajo la loable finalidad de amparar al trabajador finalmente seleccionado y el derecho de defensa que debe garantizársele, en un doble exceso.

En primer lugar, al convertir en exigencia empresarial la complementación de la resolución administrativa. Es decir, el empresario vendría obligado a completar los vicios, defectos e insuficiencias de la propia resolución autorizadora, tal y como por otra parte reconoce, entre otras la STS de 10 de julio de 2007⁴⁸⁶ anteriormente mencionada, al decir que *"si en la resolución administrativa no se fijan los criterios para la determinación individualizada de los trabajadores afectados por el despido colectivo, estaríamos ante un defecto de la propia resolución administrativa, pero no ante un vicio en que haya incurrido la comunicación del cese, que es sobre lo que se centra la infracción"*.

Pero además, y en segundo lugar, se estaría instituyendo un segundo motivo de nulidad no expresamente contemplado en la Ley y que en síntesis recogería la STSJ de la Comunidad de Madrid de 22 de octubre de 2007⁴⁸⁷, que se pronuncia en términos análogos a la anteriormente referenciada: *"En fin, si la resolución no contiene designación individualizada ni tampoco criterios, la extinción habrá de ser conocida por el orden social y será nula"*,

⁴⁸⁶ AS 2007/8224.

⁴⁸⁷ AS 2008/772.

pues ni está previsto un supuesto de nulidad basado en la insuficiencia de la resolución administrativa autorizadora, ni la inexistencia de causa para el despido debe conllevar una declaración *per se* de nulidad. Máxime cuando además los propios tribunales de suplicación han venido amparando la posibilidad de no justificar por parte del empresario la específica elección de cada concreto trabajador.⁴⁸⁸

La solución dada por la realidad normativa actual, aún expresada bajo la loable intención, insistimos, de propiciar un soporte extintivo que detalle y permita al trabajador tener el máximo conocimiento de la decisión extintiva empresarial y con ello las máximas posibilidades de defensa, parece que también incurre en un exceso al identificar dicha comunicación con la propia de los despidos individuales por causas empresariales, cuando la causalidad genérica ya se recoge en la comunicación de inicio del periodo de consultas. De esta forma, comunicada la decisión extintiva a los representantes de los trabajadores, el empresario deberá notificar individualmente a los trabajadores afectados de acuerdo a la previsión contenida en el art. 53.1 del ET. Con esta regla se pone fin al debate en torno al contenido que debería contener la comunicación extintiva una vez finalizado el periodo de consultas. Así, y de acuerdo a la literalidad de la propia ley, serían aplicables las formalidades y requisitos de la extinción individual objetiva, lo que pudiera conllevar alguna disonancia entre los formalismos de necesario seguimiento y el contenido del acuerdo al que pudiera haberse llegado con la representación de los trabajadores.

Ahora bien y al margen de lo indicado, el contenido específico de la comunicación extintiva sigue planteando la problemática en torno a la necesaria concreción del criterio subjetivo determinante de la elección del trabajador afectado. De esta forma, analizados los primeros pronunciamientos recaídos en la materia, se puede apreciar alguna

⁴⁸⁸ BLASCO PELLICER, A. (2007, 251).

disonancia entre aquellos que consideran necesaria la inclusión en la carta de despido de los criterios que individualizan la elección de los trabajadores afectados,⁴⁸⁹ el criterio subjetivo de afectación, argumentando que su no constancia en la carta de despido impediría a los trabajadores afectados hacer un efectivo ejercicio de derecho de defensa, y aquellos otros⁴⁹⁰ que consideran suficiente con la inclusión de los mencionados criterios en la comunicación que debe remitirse a la autoridad laboral y a la representación de los trabajadores.

Sin perjuicio del examen casuístico que debe poseer la temática analizada no parece improcedente con carácter general mostrar nuestra discrepancia con esta segunda línea judicial que exige la necesaria concreción en la comunicación extintiva de los criterios subjetivos que determinaron la concreta selección del trabajador finalmente afectado. Y es que a mi entender, una inteligencia contraria supondría establecer exigencias amparadas en la legislación anterior y en la doctrina judicial recaída al respecto para supuestos acaecidos bajo una legislación como la actual, que requiere en el momento extintivo individualizar las comunicaciones con los requisitos propios del art. 53.1 ET por expresa remisión del art. 51.4 de la misma y sin que dicho precepto impida una libertad electiva respetuosa con los derechos supra legales inherentes al trabajador⁴⁹¹.

Son cuestiones cualitativamente distintas, de una parte, la necesaria inclusión en la comunicación inicial y final de aquellos criterios de selección a utilizar en la elección individualiza de los trabajadores afectados y, de otra, los requisitos de contenido de las comunicaciones individuales que posibilitan una libertad de elección que deberá ser respetuosa con los criterios establecidos

⁴⁸⁹ SJS nº 31 de Madrid de 9 de julio de 2013 (autos 530/2013).

⁴⁹⁰ SJS nº 33 de Madrid de 23 de julio de 2013 (autos 628/2013).

⁴⁹¹ En este sentido parece manifestarse la STSJ de la Comunidad de Madrid de 25 de junio de 2014 (Sala General) Rec. 244/14 o la STS de 2 de junio de 2014 (Rec. 2534/2913).

en las comunicaciones remitidas a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral como contenido mínimo de necesaria observancia.

2.7. La designación de los trabajadores afectados.

Tal y como se puso de manifiesto con anterioridad, la designación final de los trabajadores afectados se muestra como una cuestión de indudable relevancia a la hora de analizar la regulación sustantiva actual de los despidos colectivos. Ciertamente es también, en este punto, que el ordenamiento actual no contiene preferencia alguna, más allá de la enunciada respecto a la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores. Ahora bien, y al margen de las prioridades de permanencia establecidas *ex lege* y que, tal y como se ha expuesto, se deben reconducir a la preferencia de los representantes legales de los trabajadores, el art. 51.5 ET ampara la posibilidad de establecer otras prioridades por vía del acuerdo en el periodo de consultas o en su caso, por vía del pacto colectivo. Esto es, los productos de la negociación colectiva pueden fijar dichas prioridades, remisión ésta que debe entenderse, o bien como un simple recordatorio, o bien como una intervención tuteladora de la ley respecto al contenido que debe informar cualquier producto de la autonomía negocial, que posee *per se* la virtualidad de regular dichas situaciones sin necesidad de mención estatutaria específica.

a) Titulares de familia numerosa.

Una de las preferencias históricas que venía informando los expedientes de regulación de empleo en la elección de los trabajadores venía siendo la de los titulares de familia numerosa. En la actualidad y pese a la inexistencia de dicha preferencia como supuesto problemático, dada la derogación del art. 13.2 de la LRL de 8 abril de 1976, así como por la imposibilidad de considerar subsistentes en la actualidad las previsiones contenidas en el art. 9 de la Ley 25/1971, de familia numerosa, y en el Decreto 3140/1971 degradadas a la categoría reglamentaria por la disposición final cuarta de la Ley 8/1980, de

10 de marzo, por el que se aprobó la primera versión del ET, es evidente, tal y como se ha puesto de manifiesto⁴⁹², que la incorporación de dicho criterio incorporaría un dato discriminatorio por razón del estado civil. En definitiva, de acuerdo a lo que señala la STSJ del País Vasco de 24 de junio de 1997⁴⁹³, la inexistencia de tal preferencia viene determinada por la combinación de una serie de argumentos, esto es: *"a) en primer lugar, la referida Ley es expresamente derogada por la disposición ... 14 de la Ley 8/1980, de 10 marzo, del ET; b) si la preferencia la hubiera querido el legislador que se mantuviera lo habría hecho en el punto 9 del artículo 51; c) la norma es preconstitucional y podría chocar con los supuestos del artículo 14 CE y d) en la refundición que se hace del Estatuto de los Trabajadores por el Real Decreto Legislativo citado, podría haberse introducido tal prevalencia si se entendiera que obedecía a refundir en un texto las distintas leyes que a lo largo de los años han venido modificando el Estatuto de los Trabajadores, pero nada dice de ello la disposición adicional 7.ª de la Ley 42/1994, de 30 diciembre y e) iría en contra del principio de no discriminación a que se refiere el artículo 17.1 ET; no obstante, este mismo precepto se refiere a grupos de trabajadores que deben ser protegidos para el acceso o permanencia en el empleo y que encuentran su regulación en normas especiales (minusválías, mayores de 45 años, y familias numerosas en otros campos de la relación social o jurídica y que contemplan las normas de la Seguridad Social)"*.

Ahora bien dicha solución no se muestra de forma unánime, de acuerdo una doctrina de suplicación que ejemplificaría la STSJ de la Comunidad de Madrid de 20 de febrero de 2006⁴⁹⁴, que de forma errónea, a mi juicio, sigue manteniendo dicha preferencia.

⁴⁹² GONZÁLEZ - POSADA MARTÍNEZ, E. (1993, 807).

⁴⁹³ AS 1997/1892. En este mismo sentido se manifiesta la STSJ de la Comunidad de Madrid de 5 de febrero de 2000 (RJCA 2001/84); STSJ de 24 de junio de 1997 (AS 1997/1892).

⁴⁹⁴ JUR 2006/137758.

b.-) Trabajadores discapacitados.

En relación con otra de las preferencias históricas, tampoco puede advertirse preferencia alguna por parte de los trabajadores discapacitados y, ello, sin perjuicio del cumplimiento empresarial del porcentaje de reserva instaurado a tal efecto por la Ley 13/1982 de 7 de Abril sobre integración social de minusválidos. Dicho con otras palabras, *“no se reconoce en el ordenamiento vigente preferencia alguna a favor de los trabajadores minusválidos cuando se trata de hacer efectivos los despidos autorizados en un expediente de regulación de empleo. La necesidad de mantener a trabajadores de esta naturaleza con preferencia a otros derivará, si procede, en relación con las circunstancias del expediente y de la empresa solicitante, de la necesidad de mantener la cuota de reserva del 2% a favor genéricamente de trabajadores minusválidos reconocido en la legislación de integración”*⁴⁹⁵.

c.-) Representantes de los trabajadores.

A tenor de todo lo indicado, la única preferencia legal (*rectius* prioridad de permanencia) que la Ley establece viene delimitada en el ámbito subjetivo por la de aquellos trabajadores que ostenten la condición de representantes legales, proyectándose la aplicabilidad de dicha prioridad en torno a un doble condicionamiento; uno de tipo subjetivo, en la medida en que se encontrarán incluidos en relación con dicha prioridad tanto los miembros del comité de empresa, delegados sindicales⁴⁹⁶, delegados de prevención así como los miembros del servicio de prevención;⁴⁹⁷ y, otro de tipo funcional, pues la mencionada prioridad no es en modo alguno absoluta sino que se encuentra íntimamente vinculada con las características del puesto de trabajo. De esta forma la prioridad de permanencia no sólo existe cuando concurren

⁴⁹⁵ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 4 de febrero de 2002; RJ 2002/10168.

⁴⁹⁶ Artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985 de 2 de agosto.

⁴⁹⁷ Artículo 30.4 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales.

trabajadores de la misma categoría o grupo profesional, sino también cuando los puestos son equivalentes, y en ellos conviven trabajadores con identidad funcional.

Tres matizaciones devienen necesarias en el análisis de la mencionada prioridad: (i) la temporalidad de la mencionada prioridad, (ii) el ámbito de afectación de la misma y (iii) las consecuencias de su inobservancia.

Desde el plano temporal, dicha prioridad debe ser concretada con la naturaleza de representante del trabajador afectado en el momento en que se haga efectiva la extinción contractual⁴⁹⁸. Así lo ha venido declarando una antigua jurisprudencia, que se inicia con la STS (Sala de lo Social) de 30 de octubre de 1989.

Por otra parte, y en relación con el ámbito de afectación de dicha prioridad, la misma viene necesariamente conectada con el ámbito efectivo de la representación, ya sea ésta la empresa o el centro de trabajo, de tal manera que *"la conservación del puesto de trabajo que resulta de la aplicación de la preferencia se extiende a la empresa o al centro de trabajo y éste será en principio el ámbito de afectación, aunque esta mención alternativa -empresa, centro de trabajo- juega como una referencia a la conexión entre la garantía y el ámbito de la representación del trabajador, de forma que si éste se extiende a la empresa dentro de ésta deberá operar la garantía, mientras que si se trata del centro de trabajo tendrá que limitarse a éste"*⁴⁹⁹.

Finalmente y en cuanto a las consecuencias de la vulneración empresarial de esa prioridad de permanencia, la actual redacción del art. 124.13.3.b) no deja margen a dudas al establecer de forma taxativa las consecuencias de dicha inobservancia en forma de nulidad.

⁴⁹⁸ RJ 1989/7465.

⁵⁰⁰ STSJ de la Comunidad de Madrid de 4 de mayo de 2007 (AS 2007/2317).

No obstante lo indicado, y con anterioridad a dicha previsión legal, los Tribunales habían venido afirmando la improcedencia que no nulidad de dicha decisión extintiva, como señaló, entre otras, la STSJ de la Comunidad Valenciana 29 mayo de 2003⁵⁰⁰. Las razones de dicha calificación vendrían dadas por la necesidad de acreditar en estos casos, y para que la sanción de nulidad fuera estimada, el carácter discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales o libertades públicas de dicha medida, y no la sola infracción de una materia que se incluiría dentro de la legalidad ordinaria reconocida en el texto estatutario.

Cierto es que, en relación con las consecuencias prácticas de la inobservancia de dicha preferencia, el posible debate entre nulidad e improcedencia de la decisión extintiva aparecía notablemente atenuado dada la condición de representante del sujeto afectado y la traslación al mismo de la facultad electiva. Ahora bien, ello no obsta a que nos podamos interrogar en torno a la posible vulneración de la libertad sindical consagrada en el art. 28.1 del texto constitucional de aquella medida empresarial que no respetara la prioridad examinada. Y es que tal y como indicó la STC 26 de noviembre de 1996⁵⁰¹, *“dentro del sistema actual de protección y garantía de los derechos de los trabajadores, y en función del mismo, la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores se integra, en determinados supuestos, en el derecho de libertad sindical”*. Por ello, y tomando como punto de apoyo dicho razonamiento, podría, al margen insistimos de la anterior regulación que nada indicaba en este punto, replantearse la lectura de un sector mayoritario de la doctrina judicial de considerar la extinción que vulnere dicha preferencia como improcedente y no nula, cuando ésta afecte a representantes legales o comités de empresa sindicalizados en una lectura

⁵⁰⁰ JUR 2004/123435. En este mismo sentido STSJ de Andalucía (Málaga) de 30 de marzo de 2001 (AS 2001/973); STSJ de Extremadura de 27 de octubre de 1998 (AS 1998/4305).

⁵⁰¹ RTC 1996/191.

integradora y sistemática de los arts. 51.7 y 68.b) del texto estatutario. Replanteamiento que podría asentarse en torno a un doble argumento.

En primer lugar, argumento positivo, porque la prioridad de permanencia se integra o debe integrarse en el contenido esencial de la libertad sindical, al configurarse dicho contenido por un haz de facultades y derechos, de garantías y facilidades, que permiten el ejercicio efectivo de la defensa y protección de los trabajadores. Lo contrario sería reducir dicho contenido esencial a una visión puramente estática, constituida en esencia por la facultad de los trabajadores de auto organizarse sindicalmente, privando con ello al derecho en cuestión de toda aquella potencialidad ínsita a la noción misma de derecho fundamental.

En segundo lugar, argumento negativo, porque la prioridad de permanencia no debe examinarse en términos de preferencia, de prerrogativa o de privilegio, manifestaciones de estricta legalidad ordinaria que reducen el contenido propio de un derecho fundamental. Por el contrario dicha prioridad debe ser conceptuada en términos de utilidad, como proyección necesaria para la satisfacción y protección de un determinado interés, esto es, y por ser precisos y de acuerdo al pronunciamiento del Tribunal Constitucional anteriormente mencionado el *"Comité de Empresa actúa como titular de un patrimonio jurídico, es decir como destinatario de un conjunto de «utilidades» (sustanciales e instrumentales), aptas para satisfacer sus intereses, y que son garantizadas por el Derecho. El concepto de interés de índole subjetiva, se complementa con la «utilidad», de naturaleza objetiva"*.

Ahora bien, no es menos cierto que la posibilidad indicada se encontraría con el obstáculo que deriva de la doctrina tradicional de nuestro Tribunal Constitucional que considera que la titularidad de la libertad sindical no es atribuible a la representación unitaria en la empresa, doctrina constitucional ejemplificada entre otras por la STC de 118/1983⁵⁰². Doctrina, tan sólo

⁵⁰² REC 170/1982.

matizada en aquellos casos en que los representantes legales se encuentran afiliados a algún sindicato.

2.8. La indemnización como componente esencial del procedimiento colectivo de extinción.

De acuerdo a la literalidad plasmada en el artículo 51.4 ET, *"el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta Ley"*, lo que a efectos indemnizatorios se traduce en el necesario abono de una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año. Se consagra de esta forma la naturaleza de mínimo de derecho necesario de dicho componente indemnizatorio que imposibilita la inderogabilidad relativa del mismo. Por expresar la anterior afirmación con un mayor grado de precisión, *"la regulación de la indemnización por despido colectivo no pertenece a la categoría de las normas de derecho dispositivo, cuya vigencia aplicativa pueda ser desplazada, desactivada o neutralizada, por actos procedentes de la autonomía privada (...)"*⁵⁰³.

Con anterioridad a la supresión autorizadora, la problemática relacionada con la naturaleza de *ius cogens* del precepto transcrito se evidenciaba en aquellos supuestos en que la obligación legal era sustituida por una compensación que no necesariamente poseía valor dinerario. Ciertamente es que este tipo de compensaciones no deben considerarse contradictorias con el carácter de derecho necesario e indisponible de la indemnización⁵⁰⁴, máxime cuando la reforma operada por la Ley 11/1994 pretendió deseconomizar el periodo de consultas y por ende, *"extender la discusión a la búsqueda de otras alternativas que favorecieran el empleo"*⁵⁰⁵. Ahora bien, tal y como se ha

⁵⁰³ VALDÉS DAL - RE, F. (2004, 29).

⁵⁰⁴ MARÍN MORAL, I. (2006,133).

⁵⁰⁵ SERRANO GARCÍA, J^a.M^a. (2002, 213).

indicado, nos encontramos propiamente ante una deuda de valor que, si bien, puede carecer de sentido cuando la compensación se concreta en términos de recolocación, pues que duda cabe, que nos hallamos ante un beneficio mayor, en el que se establece una deuda de suma de dinero⁵⁰⁶, no toda compensación resultaría, desde los parámetros comentados, jurídicamente admisible. De lo contrario se caería en interpretaciones ciertamente discutibles, como aquellas en las que se hace depender la mejora indemnizatoria en la aleatoriedad que el trabajador decide libremente asumir,⁵⁰⁷ o en circunstancias relacionadas con intereses particulares e íntimos del trabajador.⁵⁰⁸ Y es que, tal y como de forma certera expresa el voto particular de la STSJ del País Vasco de 15 de junio de 1999, *"independientemente de la indemnización que haya producido el trastorno o el perjuicio, que éste sea superior o inferior, que se pueda producir un enriquecimiento en la esfera del trabajador o una pérdida irreparable; todos estos casos han sido omitidos por el legislador que ha optado, con fórmula ya de larga tradición, por establecer un sistema objetivo de resarcimiento"*. Es decir, la indemnización se ha de percibir y ello con independencia de la concreta fórmula que se pueda pactar o en el carácter diferido que el percibo de la indemnización pudiera haberse establecido. De lo contrario se estaría deslegalizando la previsión indemnizatoria contenida en el texto estatutario a favor de un entendimiento de la misma como elemento disponible incluso *in peius* por la voluntad negocial de los sujetos intervinientes.

En este sentido, y como consecuencia de la aplicación pactada de determinadas fórmulas sustitutivas del componente indemnizatorio, no han faltado ocasiones en las que nuestros Tribunales han vacilado en torno a la naturaleza misma de la indemnización legalmente establecida y su conceptualización de mínimo de derecho necesario.

⁵⁰⁶ VALDÉS DAL-RE, F. (2004, 41).

⁵⁰⁷ STSJ del País Vasco de 1 de junio de 2000; AS 1999/2248.

⁵⁰⁸ STSJ del País Vasco de 15 de junio de 1999; JUR 2001/364001.

De esta forma y en línea con la STS de 12 de septiembre de 1989⁵⁰⁹, existe una corriente doctrinal que dispositivizaba el contenido del precepto estatutario en su proyección de derecho necesario relativo, o dicho de otra forma, en su condición de mínimo indisponible por la voluntad de las partes, pese a que una primera lectura pudiese dar la impresión contraria. En efecto, al margen de la STS de 21 de enero de 1997⁵¹⁰ (asunto Enatcar) cuya doctrina se puede entender superada con posterioridad por el propio Tribunal Supremo, existía una corriente judicial que venía dispositivizando la compensación extintiva bajo fórmulas que aparentemente pretendían sustituir la cualidad de deuda de valor que el art. 51.8 ET instituía a favor de los trabajadores potencialmente afectados, operación efectuada bajo el argumento de que la noción indemnizatoria recogida en el ET debía ser entendida en sentido amplio. Es a mi juicio lo que ha venido aconteciendo en aquellas fórmulas que han venido complementando las prestaciones que se tuviera derecho a percibir de las entidades u organismos públicos⁵¹¹.

Ahora bien, las anteriores afirmaciones no obstan a la existencia de toda una casuística que evidencia, en ocasiones, la complejidad de muchas de las cuestiones anteriormente descritas. Nos referiremos, en concreto, a (i) el principio de no discriminación y la existencia de distintos montos indemnizatorios y (ii) el derecho a la percepción de la indemnización pactada por parte de los trabajadores en situación de excedencia.

En cuanto al primero de los supuestos enunciados, indemnización y no-discriminación⁵¹², resulta de interés traer a colación el pronunciamiento de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de octubre de 2008 que enjuició la presunta vulneración del principio de igualdad de un expediente de regulación de empleo en el que se pactó con la representación social un diferente *quantum* indemnizatorio dependiendo de la adhesión

⁵⁰⁹ RJ 1989/6436.

⁵¹⁰ RJ 1997/622.

⁵¹¹ VALDÉS DAL - RE F. (2004,41)

⁵¹² AS 2009/73.

voluntaria o no de un trabajador al citado expediente. Dicho con otras palabras, se incentivó la voluntariedad en la adhesión a través de un mayor *quantum* indemnizatorio. Pues bien, el TSJ entendió que dicha previsión no se debía entender como vulneradora del citado principio, ya que *"el trabajador que decide no adherirse voluntariamente lo que hace es jugar con la posibilidad de no ser elegido y conservar su puesto de trabajo, con lo cual su apuesta es clara: quiero mi puesto de trabajo y mi apuesta es por conservarlo y el coste de poder hacer esta apuesta es, precisamente, la diferencia en la indemnización. En consecuencia, sus alternativas son dos: si gano, porque la empresa no me elige, conservo mi puesto de trabajo; si pierdo la apuesta, obtengo la indemnización pactada, sin incremento"*. Por otro lado, por lo que se refiere a la parte empresarial existiría un claro beneficio, no sólo por el ahorro en costes que supondría una extinción anticipada sino, al evitar, tal y como señala la propia sentencia, la eventual litigiosidad que una designación forzosa pudiera acarrear.

El mencionado pronunciamiento cuenta, sin embargo, con un voto particular que estima atentatoria contra la interdicción de indefensión consagrada en el artículo 14 de la CE, pues se estaría introduciendo una diferencia: *"en función de sus circunstancias personales o sociales, haciendo de peor condición a aquellos que, por estas circunstancias, cualesquiera que sean, necesitan trabajar y ello les impide mostrar una disponibilidad para prescindir voluntariamente de su empleo"*.

Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones problemáticas anunciadas, la STS de 25 de octubre de 2000,⁵¹³ y con posterioridad la STS de 29 de noviembre de 2006,⁵¹⁴ partiendo de la diferente regulación y los diferentes efectos entre las excedencias voluntarias y forzosas, concluyen que el daño producido por la pérdida del empleo no se traduce en aquellos trabajadores

⁵¹³ RJ 2000/9676.

⁵¹⁴ RJ 2006/9131.

que tan sólo conservan un derecho preferente al reingreso, en el que el reingreso efectivo se encuentra condicionado a la existencia de vacantes.

Al margen de lo anteriormente indicado y desde una dinámica competencial, las impugnaciones basadas en la falta de abono de la indemnización (legal o pactada) o en la discrepancia en el *quantum* de las mismas son competencia del orden social. Así se desprende de lo prevenido en el art. 18 del RD 801/2011, y en la subsiguiente previsión recogida en el art. 15 del actual reglamento de desarrollo, tratándose de una atribución competencial lógica, dado que el abono de la indemnización se ve como algo ajeno tanto al perfeccionamiento del despido como a la resolución administrativa autorizadora. Es decir, en la medida en el que el pago de la indemnización no perfecciona el despido, su falta de abono no conllevaría consecuencia alguna en la calificación del mismo, más allá de la eventual reclamación.

Es esta una atribución competencial que, con independencia de la generalización en el orden social de las cuestiones impugnatorias en materia de despido colectivo llevada a cabo por la actual Ley Reguladora, era reconocida desde antiguo por la jurisdicción social, ya que *"la competencia de este orden jurisdiccional para conocer de la pretensión del trabajador sobre la falta de abono y determinación del importe de la indemnización por extinción de su contrato de trabajo como consecuencia del expediente de regulación de empleo venía correspondiendo a este orden social"*⁵¹⁵. Sin embargo, y pese a tan rotunda información y la contundencia del precepto reglamentario, la STS de 23 de enero de 2006 volvía a poner de manifiesto el deficiente tratamiento legislativo existente en esta materia al amparo de la legislación procesal anterior y, por tanto, la falta de seguridad jurídica y certeza que ello conlleva.

En efecto, el mencionado pronunciamiento declaraba la incompetencia del orden social de la jurisdicción en un supuesto en el que se reclamaba el abono

⁵¹⁵ STS de 19 de junio de 1986 (RJ 1986/3683).

de una indemnización mayor a la percibida de acuerdo a los parámetros cuantitativos acordados previamente, e incorporados con posterioridad a la propia resolución administrativa. Se fundaba la mencionada petición en el trato desigual que el abono de los diferentes tipos de indemnizaciones conllevaba. El voto mayoritario asentaba su eje discursivo sobre una idea, y es que *"el demandante reclama, porque estima que esa indemnización es discriminatoria respecto a la fijada para los restantes trabajadores de la empresa, y solicita se le abone el importe de la indemnización calculada con iguales criterios que el resto de los afectados. Esta pretensión, independientemente de su procedencia, supone la impugnación de la resolución administrativa."* Es decir, el criterio esencial de atribución de competencia, al amparo de la legislación adjetiva felizmente superada, vendría dado por la existencia de discrepancia o disconformidad entre el contenido u objeto de la decisión de autoridad laboral y el contenido u objeto de la reclamación del trabajador.⁵¹⁶

Por su parte, el argumento del voto particular se asentaba sobre la delimitación entre objeto y fundamento de la pretensión, ya que hay *"pretensiones relacionadas con la regulación de empleo que por su objeto no pueden residenciarse en el orden contencioso-administrativo porque se dan en el marco de una relación entre empresario y trabajador"*.

A mi entender, y pese a tratarse de una discusión que ha perdido sentido en la actualidad, resultaba más convincente este voto particular, pues el elemento indemnizatorio se configuraba, en efecto, como un elemento que había sido abordado en el propio expediente. Pero ello no significaba que estuviéramos ante el contenido u objeto de la decisión administrativa; *"sólo si la disconformidad con el fundamento sirve y supone denunciar el contenido u objeto de la decisión cabría reconocer la competencia del orden contencioso"*⁵¹⁷. De lo contrario se estaría elevando la indemnización en

⁵¹⁶ CUENCA ALARCÓN, M. (2006, 78).

⁵¹⁷ CUENCA ALARCÓN, M. (2006, 80).

elemento esencial (o de validez) del despido, cuando en realidad se trata de una simple, aunque importante, consecuencia. *Ad abundantiam* existe un argumento adicional que reforzaba, a mi entender, la competencia social en este punto, y es el papel meramente homologador de la Administración cuando las partes negociadoras alcanzaban un acuerdo, ya que, en este caso, la Administración se vería obligada a reproducir los términos del acuerdo. Por ello, no era *"coherente sostener que si el acuerdo lo impugna la Administración es el orden social el competente, pero si lo impugna un trabajador la competencia corresponde al orden contencioso administrativo"*⁵¹⁸.

2.9. El Convenio Especial de la Seguridad Social.

El artículo 51.9 del ET establece la necesaria suscripción del Convenio Especial con la Seguridad Social para aquellos trabajadores incluidos en el expediente y con una edad de 55 o más años que no tuvieran la condición de mutualistas a 1 de enero de 1967. Esta obligación se extiende a la totalidad de las Empresas que hayan tramitado un Expediente de Regulación de Empleo (procedimiento colectivo) a excepción, tal y como se encarga de matizar la propia literalidad del precepto, de aquellas empresas que se encontraran incursas en un procedimiento concursal. El régimen sustantivo de dicha opción, conceptualizable como de prejubilación, aparece completado por la Disposición Adicional 31ª de la Ley General de la Seguridad Social y en la OM de 13 de octubre de 2003. Dicha normativa precisa de los siguientes comentarios.

a.-) La obligación legal se corresponde con el abono del mencionado Convenio Especial, que es posible dividir en dos tramos, utilizando como criterio de distinción el del sujeto obligado. Hasta el cumplimiento por parte del trabajador afectado de los 61 años de edad dicha obligación recaerá en el

⁵¹⁸ Voto particular de la aludida sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2006.

empresario⁵¹⁹, siendo obligación del trabajador el abono de las mencionadas cuotas desde los 61 años hasta el cumplimiento por su parte de los 65 años de edad, o hasta su acceso a la jubilación anticipada⁵²⁰. Si bien, desde el 1 de enero de 2013, la Ley 27/2011 ha elevado la obligación empresarial hasta los 63 años, que continuarán siendo 61 si el despido colectivo lo es por causas económicas, encontrándose suspendida dicha previsión.

b.-) Para la suscripción del Convenio se tomará como fecha inicial, o bien la fecha de cese en el trabajo o, en su caso la fecha en la que se produzca el cese en la obligación de cotizar aparejada a una situación de desempleo contributivo ya que durante esta situación es el propio Servicio Público de Empleo Estatal el encargado de efectuar las correspondientes cotizaciones.

c.-) La suscripción del mismo producirá los efectos generales, esto es, continuación del trabajador en alta o en situación asimilada, cotización al Régimen de la Seguridad Social⁵²¹ en cuyo ámbito se suscriba el Convenio.

d.-) De acuerdo a la redacción del art. 31 de la LGSS⁵²², si durante el periodo de tiempo cuya cotización corresponde al empresario el trabajador realizara alguna actividad, las cuotas correspondientes a la actividad realizada se aplicarán al pago del convenio especial a cargo del trabajador⁵²³.

A partir de las líneas generales surgen en relación con la temática analizada algunas cuestiones que pudieran ser controvertidas. En concreto, nos estamos refiriendo al momento en que debe entenderse cumplido el requisito

⁵¹⁹ Obligación que se cumplimentará o bien, ingresando en la TGSS de una sola vez dentro del mes siguiente el montante total, o bien, de manera fraccionada, garantizando su abono a través del correspondiente aval. Vid al respecto la Disp. Adic. 31ª.2 párrafo 2 de la LGSS.

⁵²⁰ Posibilidad ésta que se omite en el comentario a dicha figura. Vid. al respecto LÓPEZ GANDÍA, J. (2004, 49).

⁵²¹ Artículo 2 del Real Decreto Ley 2/2009 de 6 de Marzo.

⁵²² TASCÓN LÓPEZ, R. (2009, 235).

de los 55 años de edad, así como las consecuencias del incumplimiento de dicha obligación por parte de la empresa.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, la doctrina judicial se ha pronunciado en el sentido que dicho requisito debe ser de obligado cumplimiento en el momento de la extinción de la relación laboral. De acuerdo a esta tesis, dicho requisito debe ponderarse en el momento de la extinción del vínculo contractual tal y como se infiere de lo dispuesto en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de enero de 2009,⁵²⁴ utilizando una doble criterio argumental. Por una parte no podrá ser dicho momento el de la aprobación del expediente por la autoridad laboral por cuanto dicha autorización no extinga *per se* los contratos de los trabajadores potencialmente afectados, sino que será necesaria la utilización empresarial posterior de dicha autorización (comunicación del despido en la actualidad). Por otro lado en cuanto al cómputo de las bases de cotización la Disposición Adicional 31ª, determina que se tendrán en cuenta el promedio de las bases de cotización del trabajador, en los últimos seis meses de ocupación cotizada, el tipo de cotización previsto en la normativa reguladora del convenio especial, no pudiendo determinarse las cuotas a ingresar hasta que cese la obligación de cotizar⁵²⁵.

En cuanto a la falta de suscripción del Convenio Especial, esto es, la posible afectación de dicha eventualidad al régimen extintivo contemplado en la legislación sustantiva de referencia, con carácter general se viene indicando que la falta de suscripción no afectaría al régimen extintivo, a la validez del acto extintivo, debiendo en caso de falta de suscripción del mismo conllevar el necesario ejercicio por parte del trabajador de la oportuna acción ante los órganos jurisdiccionales del orden social⁵²⁶. Esta solución es acogida de forma

⁵²⁴ AS 2009/2498.

⁵²⁵ En este mismo sentido STSJ de Cataluña de 19 de septiembre de 2008 (AS 2009/33).

⁵²⁶ De esta forma BLASCO PELLICER, A. (2007, 260).

expresa por la doctrina judicial⁵²⁷, sin perjuicio de la posible aplicación del régimen administrativo sancionador (art. 23.1.i de la LISOS).

2.10.- El protagonismo del FOGASA en los procedimientos de extinción colectiva.

El Fondo de Garantía Salarial ostenta en los procedimientos de extinción colectiva un protagonismo que resulta posible sintetizar a través de una triple vía de responsabilidad existente: la responsabilidad subsidiaria prevista en el art. 33.2 ET que requerirá una previa declaración de insolvencia, la responsabilidad directa en menos en empresas de menos de 25 trabajadores ex art. 33.8 ET y la responsabilidad en casos de fuerza mayor, contemplada en el art. 51.7 del texto estatutario.

En el primero de los supuestos comentados, *"el Fondo de Garantía Salarial, abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los arts. 50,51 y 52 de esta ley (...)"*. Esta responsabilidad del FOGASA es independiente de la existencia o no de acuerdo entre las partes sociales durante el periodo de consultas, si bien, como se ha puesto de manifiesto⁵²⁸, el Fondo tan sólo responderá en el primero de los casos de la cuantía legalmente establecida en el ET, esto es, 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año con el límite de doce mensualidades. De esta forma, *"no resulta afectada por los pactos que hayan mediado entre empresa y trabajadores, que le son ajenos (arts. 12 «in fine» y 19.1 del Real Decreto 696/1980, de 14 abril⁵²⁹),"* por lo que si la empresa ha acordado y consiguientemente satisfecho en concepto de indemnización cantidades que superen éstos, el FOGASA no

⁵²⁷ STSJ de Asturias de 26 octubre de 2007 (JUR 2007/362571).

⁵²⁸ ROQUETA BUJ. R. (2009, 244)

⁵²⁹ STSJ de Cataluña de 19 de marzo de 1998 (AS 1998/2167).

respondería de cantidad alguna y, si no ha abonado la indemnización legal, responderá de la diferencia. Se trataría en definitiva de una responsabilidad subsidiaria, autónoma y limitada legalmente.

La segunda de las modalidades que determinan la responsabilidad del FOGASA viene dada por la denominada responsabilidad directa recogida en el art. 33.8 del ET, precepto que ha sufrido diversas modificaciones, la última de ellas la recogida en la Ley 3/2012. Así, en un primer momento, esto es, con anterioridad a última de las reformas operadas por la mencionada ley, se estableció que *"en las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 % de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley (...)".* En una redacción dada por el art. 41 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, dicha previsión se había configurado no como una forma de garantizar los salarios e indemnizaciones a cargo del empresario, sino como un alivio o reducción del coste financiero en la pequeña empresa,⁵³⁰ de tal forma que se había llegado a indicar que nos encontrábamos ante una responsabilidad pura o no sujeta a condición alguna, directa e inmediata y limitada en relación con el porcentaje legalmente establecido.⁵³¹

Con posterioridad, y a modo de avance del régimen actual, la Disposición Transitoria 3ª de la Ley 35/2010 contempló la posibilidad de que al empresario se le reintegrara con cargo al FOGASA parte de la indemnización concedida al trabajador, en concreto 8 días de salario por año de servicio, bajo ciertas particularidades cuando la vía extintiva utilizada sea la propia de los despidos colectivos o la de los despidos objetivos individuales. Las particularidades de índole temporal que informan esta modalidad, en principio transitoria, de responsabilidad, son la necesaria duración superior al año de los contratos afectados y su necesaria celebración a partir de una

⁵³⁰ STS de 3 de julio de 2001 (RJ 2001/7305).

⁵³¹ STSJ de Extremadura de 6 de abril de 2006 (AS 2006/1508).

determinada fecha, en concreto el 18 de junio de 2010. En estos casos, tal y como se encarga de recordar la disposición analizada, no se aplicarán los límites cuantitativos contenidos en el art. 33.2 ET; esto es, el triple del salario mínimo interprofesional con inclusión de las pagas extraordinarias y con el límite de una anualidad.

Acogiendo dicha previsión transitoria, la Ley 3/2012 estableció un nuevo régimen en el cual se establece el abono por parte del FOGASA de la parte de la indemnización correspondiente a los 8 días con el doble condicionamiento del carácter indefinido de la contratación así como la procedencia de la decisión extintiva.

En el supuesto de encontrarnos ante un despido colectivo, la jurisprudencia ha considerado ineludible para la aplicación del mencionado precepto la tramitación del procedimiento de despidos colectivos en sentido propio, no siendo suficiente la concurrencia de la causa, económica, técnica, organizativa o productiva⁵³².

Al margen de lo indicado, el protagonismo del FOGASA, en el conjunto de eventuales responsabilidades que se pueden derivar en el procedimiento de regulación de empleo aparece subsumido en un tercer supuesto. Nos estamos refiriendo al supuesto definido en el art. 51.7 ET, cuya literalidad es del siguiente tenor: *"La autoridad laboral que constate la fuerza mayor podrá acordar que la totalidad o una parte de la indemnización que corresponda a los trabajadores afectados por la extinción de sus contratos sea satisfecha por el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio del derecho de éste a resarcirse del empresario"*. Estamos en un supuesto específico de responsabilidad, al margen de la responsabilidad objetiva o de la responsabilidad subsidiaria anteriormente comentada.

⁵³² A modo de ejemplo y de forma explícita se manifiesta en tal sentido la STS de 16 de noviembre de 2004 (RJ 2005/188).

Un somero examen del precepto transcrito permite realizar las siguientes observaciones, conforme a la doctrina contenida en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de febrero de 2004⁵³³.

.- Los presupuestos que originan la responsabilidad del FOGASA pueden agruparse de la siguiente manera, de acuerdo al contenido posible que la resolución administrativa pudiera adoptar: (i) Que el FOGASA satisfaga la totalidad de la indemnización, (ii) que únicamente se haga cargo de parte de la indemnización, en cuyo caso del resto es responsable principal el empresario y subsidiario el FOGASA, si se acredita la situación de insolvencia y (iii) que no se acuerde expresamente la exoneración del empresario, en cuyo caso éste asume el papel de responsable principal y el FOGASA el de subsidiario.

.- El límite cuantitativo viene determinada por la indemnización legal y no por las previsiones contenidas en el art. 33.2 del ET, ya que es el concepto de indemnización legal el utilizado tanto en texto estatutario (art. 51.12) como en el RD 505/1985 sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial (art. 2.3).

2.11. Las aportaciones al Tesoro Público.

La actual configuración del despido colectivo establece en el art. 51.11 ET una exigencia de seguridad social que no podemos tildar de menor⁵³⁴, dado el ámbito de afectación que la misma pudiera tener entre las empresas que decidan implementar dicha medida. La regulación inicial vino dada por la disposición transitoria 16ª de la Ley 27/2011⁵³⁵, posteriormente modificada

⁵³³ AS 2004/3299.

⁵³⁴ "Las empresas que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en este artículo, y que incluyan a trabajadores de cincuenta o más años de edad, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público de acuerdo con lo establecido legalmente".

⁵³⁵ Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE nº 184 de 2 de agosto).

por la disposición final 4ª de la Ley 3/2012, siendo su contenido actual, tanto legal como reglamentario⁵³⁶, producto del RDL 5/2013.⁵³⁷ Este conjunto normativo pretende *"atemperar los impactos sociales y económicos de los procesos de reajuste empresarial que provocan, de un lado, la expulsión prematura del mercado de trabajo de los trabajadores de más edad"* tal y como establece la exposición de motivos del reglamento de desarrollo.

Dicha normativa establece una serie de condicionamientos o requisitos para que finalmente surja la mencionada obligación legal. Estos requisitos es posible sintetizarlos de la siguiente manera:

.- Que los despidos colectivos afecten a empresas de más de 100 trabajadores o si se parte de una situación grupal, que el citado grupo de empresas empleen al mencionado número de trabajadores.

.- Que el porcentaje de despidos de trabajadores de 50 o más años sobre el total de los trabajadores despedidos sea superior al porcentaje de trabajadores de 50 o más años sobre el total de trabajadores de la empresa. Esta exigencia se ha interpretado como una suerte de sanción *"al desequilibrio en la elección de los despedidos en perjuicio de los trabajadores de mayor edad"*⁵³⁸. En dicha previsión se incluyen los trabajadores afectados por el despido colectivo y aquellos otros cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el art. 49.1.c) del ET, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido en los tres años anteriores o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido

⁵³⁶ Real Decreto 1484/2012 de 29 de octubre sobre aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años (BOE nº 261 de 30 de octubre de 2012).

⁵³⁷ RDL 5/2013 de 15 de marzo de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo (BOE nº 65 de 16 de marzo de 2013).

⁵³⁸ CASAS BAAMONDE M.E/ RODRIGUEZ - PIÑERO Y BRAVO - FERRER, M/ VALDES DAL RE, F. (2013, 16).

colectivo. Parece evidente que para el cómputo de los trabajadores que se incluyen en dicha previsión deben incluirse todas aquellas extinciones que configuran el elemento cuantitativo de los despidos colectivos, dada la identidad de regulaciones y la analogía que dicha identidad permite.

.- Que en la empresa o grupo empresarial en cuestión concurren de forma alternativa alguna de las dos siguientes cuestiones:

a.- Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo.

b.- Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte obtengan beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha.

El artículo 5 del RD 16/2013 clarifica la noción del grupo de empresas, al exigir la concurrencia de las notas configuradoras establecidas en el 42 del Código de Comercio para que pueda hablarse de Grupo de empresas si bien para examinar los resultados de la sociedad sólo se tendrán en cuenta los resultados obtenidos en España.

Por su parte, el *quantum* de la mencionada aportación viene determinado por las prestaciones y subsidios de los mencionados trabajadores así como por los importes que hubiera tenido que abonar el servicio público de empleo estatal en base a extinciones ocurridas con anterioridad o posterioridad en un plazo de tres años tomando como referencia el momento del despido colectivo planteado.

Dicha aportación, por otro lado, y tal y como se encarga de recordar la propia normativa incluirá las prestaciones de desempleo de los citados trabajadores,

las cotizaciones abonadas por el propio desempleo en relación a los trabajadores potencialmente afectados y un canon fijo por trabajador que haya agotado la prestación por desempleo y pase a percibir el subsidio de desempleo para mayores de 52 años.

De esta forma y de acuerdo a la normativa anteriormente enumerada y al complemento dado por el RD 1482/2012, resulta posible sintetizar al triple colectivo afectado por la obligación con el tesoro público de la siguiente manera:

.- Trabajadores afectados por la medida colectiva que tuvieran cumplida dicha edad dentro del periodo previsto en la comunicación inicial para la realización de los despidos.

.- Trabajadores que tuvieran cumplida dicha edad a la fecha de la extinción de sus contratos por iniciativa de la empresa o empresas del mismo grupo, en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el art. 49.1.c) del ET, cuando dichas extinciones de contratos se produjeran en los tres años anteriores o posteriores al inicio del despido colectivo.

.- Trabajadores que tuvieran cumplida o cumplan dicha edad dentro del periodo previsto para la aplicación de las medidas temporales de regulación de empleo, en el caso de que la empresa hubiera aplicado medidas temporales de regulación de empleo que afecten a trabajadores de cincuenta o más años con carácter previo a la extinción de los contratos de trabajo de los mismos trabajadores, cualquiera que sea la causa de la extinción del contrato de trabajo, siempre que no haya transcurrido más de un año desde la finalización de la situación legal de desempleo por la aplicación a cada trabajador de las medidas temporales de regulación de empleo hasta la extinción del contrato de cada trabajador.

En todos estos casos, el propio reglamento regulador exceptúa de la necesaria aportación aquellos supuestos en que se haya producido una recolocación de los trabajadores en la misma empresa, grupo de empresas o cualquier otra empresa en los seis meses siguientes a la extinción. La mención al grupo empresarial debe entenderse producida en todo este procedimiento a los grupos jurídico mercantiles, sin mayor concreción.

CAPITULO III.- LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO POR FUERZA MAYOR.

3.1. Aproximación a la noción de fuerza mayor como presupuesto causal.

Como supuesto con entidad y sustantividad propia entre las modalidades extintivas contempladas en el ET⁵³⁹, se encuentra aquella determinada por la concurrencia de fuerza mayor como causa habilitadora. Se trata de un supuesto extintivo con puntos de encuentro, y a la vez disonancia, con el resto de las modalidades extintivas de naturaleza colectiva, erigiéndose en la actualidad en supuesto determinante del hecho extintivo con acomodo propio en el precepto estatutario regulador de los despidos colectivos.

No obstante lo indicado, conviene matizar que la fuerza mayor no se erige propiamente y *per se* en una causa extintiva, tal y como acontece con el elenco de causas que justifican el acogimiento de las vías previstas de forma alternativa en los arts. 51 y 52.1 c) del ET, sino en *"un acontecimiento susceptible de provocar esa causa,"*⁵⁴⁰ es decir, la imposibilidad definitiva en la prestación del trabajo. Dicho de otra forma, *"la fuerza mayor no opera por si misma ni provoca automáticamente la extinción del contrato, sino que proporciona una causa en virtud de la cual el empresario puede extinguir"*⁵⁴¹.

La fuerza mayor es un tipo extintivo que se pueda calificar de novedoso en nuestro ordenamiento laboral. En efecto, la LCT de 1931 ya contemplaba dicha modalidad entre aquellas que conllevaban la extinción de los contratos de trabajo. De esta forma, se aludía en su art. 89.5⁵⁴²: *"Los contratos individuales de trabajo terminarán por una de las causas siguientes: Fuerza mayor que imposibilite el trabajo por una de las siguientes causas: incendio,*

⁵³⁹ Artículo 49.1 h).

⁵⁴⁰ STS de 8 de julio de 2008 (RCUD 1857/2007).

⁵⁴¹ MONEREO PÉREZ, J.L. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (1997, 97).

⁵⁴² Precepto que reproduciría la LCT de 1994 en su artículo 76.7.

inundación, terremoto, explosión, plagas del campo, guerra, tumultos o sediciones, y, en general cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no hayan podido prever o que, previsto, no se haya podido evitar". El contenido legal transcrito ofrecía una conceptualización que presentaba alguna de las características que definirían *ad futurum* el concepto de fuerza mayor en sentido amplio.

La primera de las notas caracterizadoras viene determinada por el hecho de la imprevisibilidad del acontecimiento o, más propiamente, de su inevitabilidad, pues la imprevisibilidad en sí misma es apreciable tanto en los supuestos de fuerza mayor como de caso fortuito⁵⁴³. Ha de tratarse de circunstancias que no hayan podido preverse o, aún previstas, fueran inevitables, todo ello en los términos recogidos en el art. 1105 del CC. Dicho *"acontecimiento externo al círculo de la empresa y como tal extraordinario, de todo independiente de la voluntad del empresario, respecto a las consecuencias que acarrea en orden a la prestación del trabajo"*⁵⁴⁴, sustenta igualmente el concepto de fuerza mayor en sentido impropio, caracterizada de acuerdo al citado pronunciamiento, por un hecho que tiene su origen en el ejercicio por cualquier Administración Pública de las potestades exorbitantes y competencias que como tal Administración le otorgan las Leyes para el cumplimiento de los fines públicos que tiene encomendados. Siendo necesario en estos casos que *"esa imposibilidad derive de un acto de los poderes públicos, es imprescindible que esa decisión no haya venido precedida por una ilicitud empresarial previa, pues en otro caso no estaríamos ante un hecho involuntario"*⁵⁴⁵. En este sentido, y en el ámbito propiamente laboral, la fuerza mayor se diferenciaría del caso fortuito en que *"el origen de la imposibilidad nace en el primero de un acto ajeno a toda voluntad de los sujetos de la relación laboral o de sujetos externos, y al margen del círculo de riesgo que la actividad empresarial implica, mientras que, en el caso*

⁵⁴³ PÉREZ LEÑERO, J. (1949, 237).

⁵⁴⁴ STSJ de la Comunidad de Madrid (Sala de lo Contencioso – Administrativo de 15 de enero de 2009 (RCA 1047/2006).

⁵⁴⁵ STSJ de Andalucía de 1 de marzo de 2002 (RSU 2156/2001).

fortuito, la imposibilidad surge, bien de actos derivados del riesgo empresarial, bien de los derivados de la imprevisión del empleador, o incluso por la voluntad de un tercero que se impone a la del empleador⁵⁴⁶.”

En segundo lugar, ha de tratarse de un hecho absolutamente ajeno a la voluntad o círculo de decisión del empresario o, por decirlo con mayor grado de precisión, la naturaleza del acontecimiento debe ser de todo punto extraño a la actuación empresarial. Consecuentemente sólo serán inimputables *“aquellos sucesos producidos fuera de la esfera y del ámbito de organización del empresario⁵⁴⁷”* esto es; *“que el incumplimiento obedezca causalmente a una circunstancia anormal, ajena al operador y a los riesgos comerciales normalmente asumidos, cuyas consecuencias aparezcan como inevitables o sólo susceptibles de ser evitadas al precio de sacrificios excesivos⁵⁴⁸”*.

Finalmente, la fuerza mayor en su dimensión extintiva viene caracterizada por la permanencia de la situación imposibilitante. Nos encontramos ante un hecho con vocación de permanencia⁵⁴⁹ y no de mera transitoriedad en su aparición y desarrollo, que produce consiguientemente la imposibilidad definitiva en la prestación y desarrollo de la actividad laboral.

3.2. El procedimiento especial de regulación de empleo.

3.2.1. La iniciación del expediente.

La tramitación del procedimiento de regulación de empleo en supuestos de fuerza mayor posee algunas notas que lo singularizan frente al procedimiento ordinario propia de los despidos colectivos. Y dicha singularidad se despliega en todas las fases de la tramitación administrativa. Una tramitación

⁵⁴⁶ STSJ de Cantabria de 25 mayo de 2005 (RSU 515/2005).

⁵⁴⁷ DE VAL TENA, A.L. (2004, 558).

⁵⁴⁸ STSJ de la Comunidad de Madrid (Sala de lo Contencioso – administrativo) de 17 de noviembre de 2003 (RCA 576/1999).

⁵⁴⁹ MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (1997, 96).

administrativa que, como primera particularidad, se impone al margen del número de trabajadores que pudieran resultar afectados.

De esta forma, en su fase iniciática, prevenida en el art. 51.7 del texto estatutario, se señala que *"el expediente se iniciará mediante solicitud de la empresa, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios y simultánea comunicación a los representantes legales de los trabajadores, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la totalidad de la tramitación del expediente"*, lo que conduce a una necesaria simplificación en la fase inicial o de solicitud. En efecto, la iniciación del mencionado expediente, cuya literalidad refiere a una iniciación exclusivamente empresarial, requerirá que la solicitud empresarial vaya acompañada de la documentación necesaria que posibilite la constatación del supuesto causal. Dicha modalidad se asienta, pues, en torno a un principio de libre aportación de prueba⁵⁵⁰. Y ello aún cuando en dicha solicitud no se haga una alusión expresa al concepto de fuerza mayor⁵⁵¹.

En esta fase inicial, la divergencia doctrinal viene informada por la posibilidad de conceder una legitimación activa a los trabajadores y posibilitar consecuentemente la iniciación del expediente administrativo por voluntad de éstos. De esta forma se manifestaba, al amparo de la anterior regulación estatutaria, un sector doctrinal sobre la base de una interpretación finalista del precepto que pudiera permitir dicha posibilidad⁵⁵². En mi opinión, dicho entendimiento se encontraba con una doble problemática para su completa convalidación. En primer lugar, tal y como se ha referido, por la propia literalidad del precepto que conducía a una interpretación cerrada del expediente, incluso en lo que a la legitimación activa concernía⁵⁵³. En segundo lugar, por la existencia de otros mecanismos de tipo extintivo, protectores

⁵⁵⁰ GOERLICH PESET, J.M. (1994, 183).

⁵⁵¹ STSJ (C-A) de Madrid de 15 de enero de 2009; cit. por GARCÍA PAREDES, M^a L. (2012, 233).

⁵⁵² BLASCO PELLICER, A. (2007, 346).

⁵⁵³ CAVAS MARTÍNEZ, F. (1996, 208).

del equilibrio de las prestaciones que permitirían cohonestar el interés de los trabajadores con la literalidad aludida, particularmente la vía de la extinción causal por voluntad del trabajador, máxime si se parte de una tesis objetiva en la aplicación de dicho mecanismo extintivo.

Dicha divergencia doctrinal ha sido finalmente clarificada por el actual precepto estatutario y la normativa de desarrollo, que no sólo vedan dicha posibilidad iniciadora en esta modalidad especial sino con carácter general en el procedimiento común de extinciones colectivas.

Asimismo, y como complemento a lo anteriormente indicado, la solicitud, junto a la explicitación causal y conceptual que motiva la solicitud empresarial, deberá indicar el número de trabajadores afectados potencialmente por la medida empresarial pretendida⁵⁵⁴.

3.2.2. La tramitación del expediente administrativo.

Si la fase inicial del expediente administrativo en supuestos de fuerza mayor viene determinada por una simplificación respecto al expediente ordinario, dicha simplificación aparece acentuada en la fase intermedia en la que directamente se suprime la fase de consultas, siendo ello consecuencia directa de la necesaria constatación de la realidad alegada por la Administración laboral e imposibilitando, tal y como se ha indicado⁵⁵⁵, la terminación del expediente por acuerdo entre las partes sociales⁵⁵⁶.

Al margen de la supresión del periodo de consultas y la necesaria constatación en todo caso de la fuerza mayor por parte de la administración laboral, la caracterización del expediente en su fase instructora viene informada por un acortamiento del plazo para resolver, que será de cinco días, para lo cual la Administración deberá ponderar y valorar todas las alegaciones y elementos

⁵⁵⁴ BLASCO PELLICER, A. (2007, 347).

⁵⁵⁵ GOERLICH PESET, J.M. (1994,184).

⁵⁵⁶ De esta forma SJS nº 4 de Sevilla de 21de marzo de 2001 (P 23/2001).

de juicio que permitan constatar o apreciar la existencia de la fuerza mayor alegada. Por ello, y a tales efectos, la propia autoridad laboral realizará las actuaciones y requerirá los informes precisos para el examen de dicha situación⁵⁵⁷, singularmente y con carácter preceptivo el Informe de la inspección de trabajo. Las razones de la eliminación del periodo de consultas y la reducción del papel de los interlocutores sociales a una mera participación informativa, generalmente reconducidos a la imposible negociación de medidas alternativas, no obsta a la existencia de voces, que entienden que debería existir una verdadera fase de consultas en aras de la verdadera negociación de medidas de acompañamiento pudiendo incluirse entre el posible contenido de los convenios colectivos⁵⁵⁸.

La intervención administrativa ante la concurrencia de fuerza mayor se basa en una simple constatación de una situación que se entiende como preexistente; *"es pura causa justificativa del despido, y la declaración emitida por la autoridad laboral constatando su existencia no extingue automáticamente los contratos pero es presupuesto inexcusable para que el empleador pueda formular válidamente su decisión unilateral, constitutiva y recepticia"*⁵⁵⁹. En definitiva, constatar equivale a *"comprobar la veracidad fáctica y que se reúnen los requisitos legales para su consideración como supuesto legal de fuerza mayor"*⁵⁶⁰.

Cierto es, al margen de lo expuesto, que la actuación de la Administración se reforzaba en los supuestos de fuerza mayor al amparo de la legislación anterior al RD 3/2012, ya que dicha actuación, y en el caso de no apreciarse por parte de la autoridad laboral la concurrencia de la fuerza mayor alegada, podría procederse como si un expediente ordinario por causas empresariales se tratara, en una suerte de conversión procedimental que no obstante precisa de la concurrencia de dos elementos: la existencia de un acuerdo

⁵⁵⁷ ARETA MARTÍNEZ, M. (2004, 790).

⁵⁵⁸ MENDOZA NAVAS, N. (2013,91).

⁵⁵⁹ CAVAS MARTÍNEZ, F. (1996, 209).

⁵⁶⁰ DE VAL TENA, A.L. (2004, 562).

entre las partes sociales y la existencia de una problemática empresarial fundamentada en la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se trataba, en definitiva, de agilizar desde un punto de vista procedimental y en términos de economía procesal, las soluciones que, en términos de viabilidad, pudieran ayudar a la consolidación de un proyecto empresarial afectado por tales causas.

Ahora bien dicha previsión, loable en su finalidad, parecía albergar una incoherencia al hablar de un necesario acuerdo entre las partes sociales para la mencionada conversión, cuando ni era necesario el acuerdo, ni era necesario el desarrollo de una fase de consultas para la tramitación de dicha posibilidad extintiva, por lo que la aparente agilidad de la conversión queda condicionada a la previa existencia de un acuerdo, o de una fase de consultas como antecedente, que no siempre concurriría a la finalización de la fase de instrucción. Dicha previsión de mutación o conversión del procedimiento en caso de no constatación de la fuerza mayor por la autoridad laboral ha sido eliminada, como resultado de las modificaciones introducidas en el texto estatutario por el RD 3/2012 (en detalle artículo 33.4 del RD regulador). Y ello, claro está, en lógica consonancia con la innecesaria autorización del régimen sustantivo actual de los expedientes de regulación de empleo, previéndose en el art. 33.4 del reglamento de desarrollo la posibilidad siempre presente de iniciar un procedimiento ordinario de extinciones colectivas en caso de no apreciarse la referida situación de fuerza mayor.

3.2.3. Los efectos de la resolución administrativa.

Una vez constada por la Administración la concurrencia de fuerza mayor, la resolución que se hubiera de dictar viene alumbrada por una doble característica.

La primera, la eficacia retroactiva de las resoluciones dictadas en los supuestos de fuerza mayor, retroactividad ésta a la que alude el texto legal

cuando indica que "*surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor*". De esta forma, la resolución produce efectos *ex tunc* en la medida en que la Administración constata una situación que ya existe con independencia de la solicitud y posterior tramitación administrativa que se requiere. La retroacción de efectos posee plena eficacia liberatoria para el empresario, desde un punto de vista laboral y de seguridad social⁵⁶¹, aunque dicha libertad no debe entenderse en términos absolutos, ya que la decisión extintiva ha de relacionarse con la autorización administrativa que le da amparo⁵⁶².

La segunda nota alude a la simple constatación de la concurrencia de la fuerza mayor por parte de la autoridad laboral. Dicho con mayor precisión, sigue siendo necesaria la posterior comunicación empresarial de índole suspensiva o extintiva, no pudiendo la resolución administrativa generar dichos efectos al margen de la posterior actuación empresarial en uno u otro sentido. Así, si bien es cierto que a la posterior comunicación empresarial no se le exigirán especiales requisitos de forma y de fondo,⁵⁶³ su existencia sigue siendo necesaria, por cuanto es dicha comunicación empresarial la que produce los efectos extintivos pretendidos.

Por su parte, la falta de contestación por parte de la Administración producirá los efectos propios del silencio administrativo positivo y, consecuentemente, la solicitud empresarial se entenderá estimada por aplicación del art. 43.2c) de la Ley 30/1992, produciendo efectos a partir del quinto día de la solicitud en aplicación del artículo 43.5 de la ley administrativa común⁵⁶⁴. Las extinciones contractuales sin la preceptiva intervención de la autoridad

⁵⁶¹ CAVAS MARTÍNEZ, F. (1996, 209).

⁵⁶² MENDOZA NAVAS, N. (2013, 93).

⁵⁶³ BLASCO PELLICER, A. (1997, 352).

⁵⁶⁴ En este punto ARETA MARTÍNEZ, M. (2004, 791).

laboral conllevarán la declaración de nulidad del despido así efectuado; declaración que podrá efectuarse tanto de oficio como a instancia de parte⁵⁶⁵.

Finalmente y en materia impugnatoria, se prevé la posibilidad de acudir al procedimiento impugnatorio propio de los procedimientos de suspensión o de reducción de jornada, esto es, el conflicto colectivo, desapareciendo la impugnación administrativa que el anterior recurso de alzada concedía.

La posibilidad impugnatoria desde un punto de vista procedimental ha de encauzarse por la vía abierta en el art. 151 de la LRJS con las previsiones desde el punto de vista de la resolución judicial que se hubiera de emitir en el apartado 11 del mencionado precepto, y con la posibilidad siempre existente de que el empresario impugne la resolución administrativa denegatoria en el sentido indicado por el art. 33.5 del reglamento de desarrollo.

3.2.4. La intervención del Fondo de Garantía Salarial.

Como singularidad de los expedientes de regulación de empleo por fuerza mayor y en relación con la intervención del Fondo de Garantía Salarial, el art. 51.7 *in fine* del texto estatutario establece la posibilidad de que *"la totalidad o parte de la indemnización que corresponda a los trabajadores por la extinción de sus contratos sea satisfecha por el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de éste a resarcirse por el empresario,"* no tratándose de una responsabilidad subsidiaria, ni directa en sentido estricto; se trata de una responsabilidad especial en la que el Fondo se hace cargo de las cantidades a modo de anticipo inmediato⁵⁶⁶. De esta forma se faculta a la Administración para adelantar a los trabajadores la totalidad o parte de la indemnización legalmente prevista⁵⁶⁷. Por ello, y de acuerdo a la estructura del precepto

⁵⁶⁵ En este sentido CAVAS MARTÍNEZ, F. (1996, 211).

⁵⁶⁶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (1993, 298).

⁵⁶⁷ DE VAL TENA, A.L. (2004, 565).

examinado, la participación del FOGASA en los supuestos extintivos por fuerza mayor puede estructurarse en torno a las siguientes posibilidades:⁵⁶⁸

a.-) Que el FOGASA satisfaga la totalidad de la indemnización.

b.-) Que únicamente se haga cargo de una parte de la indemnización, en cuyo caso del resto es responsable principal el empresario y subsidiario el FOGASA, si se acredita la situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de aquél.

c.-) Que no se acuerde expresamente la exoneración del empresario, en cuyo caso éste asume el papel de responsable principal y el FOGASA el de subsidiario.

No es precisa pues la previa declaración de insolvencia para que surja esta específica responsabilidad del FOGASA. No obstante y de acuerdo a lo prevenido en el art. 17 del RD 505/1985 sobre organización y funcionamiento del FOGASA, en el caso de que la resolución no acuerde la exoneración del empresario será precisa la previa declaración de insolvencia para que el FOGASA se subroge en la posición empresarial en el importe de lo satisfecho. Nos encontramos en definitiva ante un supuesto atípico y especial de responsabilidad, en el que no resultan aplicables los límites cuantitativos de responsabilidad establecidos en el art. 33.2 ET⁵⁶⁹ y en el que, desde luego, no resulta del todo procedente hablar de exoneración empresarial sino más bien de pago anticipado⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ Sigo en este punto el análisis efectuado por la STSJ de Catalunya de 22 de octubre de 2008 (RSU 5601/2007).

⁵⁶⁹ De esta forma STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de febrero de 2004 (RSU3241/2003). No siendo esta una posición unánime, en sentido contrario STSJ de la Castilla la Mancha de

⁵⁷⁰ BLASCO PELLICER, A. (2007, 355).

En definitiva, tal y como se ha indicado⁵⁷¹, la función y justificación final de la intervención del FOGASA en estos supuestos viene determinado por la ayuda que su intervención puede suponer para el empresario ante la concurrencia de una fuerza mayor habilitante para la continuación de su actividad, y en particular para la salvaguarda de los puestos de trabajo que pudieran pervivir.

⁵⁷¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (1993, 319).

CAPÍTULO IV.- EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO COLECTIVO EN EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: UNA APROXIMACIÓN.

4.1. Introducción.

Desde un punto de vista estrictamente subjetivo, la posibilidad de iniciar y concluir un expediente de regulación de empleo o, un procedimiento de extinciones colectivas, por parte de las entidades y organismos pertenecientes al sector público, no admite, incluso con anterioridad a la aprobación del RDL 3/2012, cuestionamiento alguno. Así, desde una perspectiva estrictamente doctrinal, dicha posibilidad extintiva o, reestructuradora en sentido amplio, se basa en la falta de distinción en la legislación virtualmente aplicable; esto es, tanto el Estatuto de los Trabajadores como el EBEP no establecen singularidad o particularidad al respecto⁵⁷². En suma, nuestra legislación sustantiva no diferencia en los procedimientos extintivos regulados en los arts. 51 y 52 ET según la naturaleza pública o privada del sujeto interviniente, admitiéndose consiguientemente la participación de los primeros en dicha previsión extintiva.

Cierto es que la Directiva 98/59, de 20 de julio, excluye expresamente de su ámbito de imputación al personal al servicio de las Administraciones públicas de acuerdo con el siguiente tenor literal: *"la presente directiva no se aplicará a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público (o las entidades equivalentes en los Estados miembros en que no conozcan esta noción)"*. Esta previsión, sin embargo, no obsta a la conclusión anteriormente emitida, dado que dicha exclusión no implica automáticamente que la normativa nacional no pueda proporcionar la mencionada tutela a dichos trabajadores en cuestión, mejorando el carácter de mínimo que posee dicha Directiva. Por otro lado, se ha señalado que no

⁵⁷² CRUZ VILLALÓN, J. (2010, 30).

existe contradicción alguna con la Directiva comunitaria por cuanto ésta no resulta de aplicación a los trabajadores públicos sino a los despidos colectivos, tratándose evidentemente de cuestiones cualitativamente diversas⁵⁷³ o, en definitiva, no parece posible excluir *"el personal laboral al servicio de las administraciones públicas cuando su régimen se desarrolla en virtud de la celebración de un contrato de trabajo"*⁵⁷⁴.

En definitiva, el principio de eficiencia *"supone a efectos de composición y ajuste de las plantillas del personal laboral de las Administraciones Públicas, y de justificación consiguiente de los despidos económicos, un equivalente funcional del principio de defensa de la productividad de las empresas, que acoge el artículo 38 de la CE"*⁵⁷⁵. Y ello al margen claro está, de las necesarias precisiones y condicionamientos que la naturaleza del sujeto público interviniente produce en el examen y ponderación del hecho causal.

Por otro lado, nuestros Tribunales han venido admitiendo sin duda alguna, y en consonancia con lo expuesto, la extinción colectiva o individual de acuerdo a los parámetros cuantitativos informadores de la mencionada extinción, aún cuando el sujeto interviniente tuviera una naturaleza eminentemente pública. Así, por ejemplo, la STSJ de Aragón de 8 de mayo de 1999⁵⁷⁶ señala que *"sujeta una Administración, empleadora en régimen laboral, a las normas del derecho laboral, nada impide la aplicación de las formas de extinción antedichas, sin perjuicio de que la peculiaridad de la empresa incide en el examen de los requisitos legales, en cuanto que las causas organizativas o económicas habrán de estudiarse conforme a la naturaleza pública de la entidad pública empleadora, con distinto alcance que en el ámbito de la empresa mercantil, pues no es el ánimo de lucro, sino el interés general o el servicio público, lo que constituye su causa y finalidad"*.

⁵⁷³ GIL PLANA, J.L (2012, 292).

⁵⁷⁴ CRUZ VILLALÓN, J. (2010, 36).

⁵⁷⁵ MARTÍN VALVERDE, A. (2004, 1673).

⁵⁷⁶ AS 1999/1438.

De esta forma no ofrece duda la posibilidad de recurrir a la medida reestructuradora cuando se acredite la existencia de una razón organizativa que le de soporte, tal y como acontece en el caso analizado por la anterior sentencia donde se suprime el servicio municipal en el cual prestaba sus servicios la trabajadora demandante, ya que, como indica el pronunciamiento examinado *"dichas situaciones pueden darse, tal y como ya señala la sentencia impugnada, también en las administraciones públicas, sobre todo en lo que refiere a las causas organizativas, pues las mismas en la medida en que cumplen la finalidad de servir a las necesidades colectivas pueden en ocasiones tener que extinguir determinadas relaciones laborales cuando el servicio público a que responde su existencia, se modifica, o reestructura"*.

Desde el punto de vista de la causalidad económica, se ha apreciado la corrección de la medida extintiva en aquellos casos en los que se han reducido las subvenciones y paralelamente los ingresos del servicio afectado, supuesto analizado por la STSJ de Andalucía de 25 de abril de 1997⁵⁷⁷; la disminución en los ingresos propios y en las aportaciones estatales, como en el caso analizado por la STSJ de Aragón de 21 de febrero de 2011⁵⁷⁸; debiendo estarse al presupuesto y a los ingresos de un determinado Ayuntamiento y no tan sólo a la deuda estimada que pudiera tener el mismo, de acuerdo a los concretos términos examinado por la STSJ de la Comunidad Valenciana de 26 de septiembre de 1997⁵⁷⁹.

Por su parte en el análisis del resto de causas, el ámbito de valoración se reduce claramente, pudiendo tratarse de unidades más concretas y específicas dentro de la propia Administración, lo que permite simplificar la concurrencia del elemento causal. Ejemplo paradigmático lo ofrece la supresión del correspondiente servicio público adoptado por el organismo

⁵⁷⁷ AS 1997/3855.

⁵⁷⁸ JUR 2011/243148.

⁵⁷⁹ AS 1997/3019.

legalmente competente para ello, como muestra la STSJ de Catalunya de 10 de diciembre de 2003⁵⁸⁰.

4.2. El ámbito subjetivo, la predeterminación causal y otras peculiaridades del procedimiento.

La disposición adicional segunda del RDL 3/2012, y con posterioridad la Ley 3/2012 introdujo la disposición adicional vigésima en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, que viabilizaba la posibilidad de los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas en los entes, organismos y entidades del sector público, de acuerdo a la definición que de dichos entes y organismos efectúa el art. 3.1 de la LCSP. La nueva normativa de referencia permite ser explicada y sistematizada a través de la concurrencia de un triple elemento: (i) ámbito subjetivo de imputación; (ii) determinación o concreción del elemento causal y (iii) aspectos singulares del procedimiento.

Por lo que se refiere al primero de los elementos aludidos, ámbito subjetivo, la aparente claridad delimitadora que efectúa el primero de los párrafos de la mencionada disposición (entes y organismos enumerados en el art. 3.1) aparece matizada en términos un tanto contradictorios en el momento de la identificación del presupuesto causal. En efecto, la definición de causas económicas parece reducirse a las Administraciones Públicas que forman parte de los entes enumerados en la LCSP. Ahora bien, la aparente contradicción debe ser solventada analizando la previsión en términos integradores, no siendo incompatible la concreción del razonamiento económico en el seno de los expedientes tramitados en las Administraciones Públicas con la posibilidad reestructuradora que se extiende no sólo a éstas sino al resto de entes públicos.

⁵⁸⁰ AS 2004/816.

La clarificación del ámbito subjetivo viene dada en el reglamento regulador, que establece una distinción entre el personal laboral al servicios de los entes, organismos y entidades residenciadas en el art. 3.2 de la LCSP y el resto de entes especificados en el art. 3.1 de la mencionada ley, respecto de los que se seguirá la tramitación común en el enjuiciamiento causal. Y es que, tal y como se ha señalado, carecía de sentido *"someter a estas entidades por mucho que formen parte del sector público a una definición de causas pensada para las administraciones públicas y además hubiera tenido poco sentido someterlas a una regla de preferencia"*⁵⁸¹. Por tanto, conviene acoger un razonamiento formal como base de la diferenciación aludida; esto es, *"en función de la personificación del propio ente"*⁵⁸².

Dicha bifurcación procedimental, que toma como referencia el tipo de ente público en el que nos encontremos, ha sido ampliamente criticada por parte de los agentes sindicales, que la han tachado de "artificial" por cuanto supone crear un desdoblamiento procedimental cuando la realidad es que la sostenibilidad financiera y la suficiencia presupuestaria se debe reputar del conjunto de las administraciones públicas y de ellas forma parte todo el sector público.

En efecto, es del conjunto de entes, organismo y entidades públicas reguladas en el art. 3.2 de la LCSP del que se predica la especialidad procedimental señalada en el capítulo II Título III del reglamento. Y dicha especialidad viene dada ya en el momento de concretar el contexto en el cual se proyecta el elemento numérico temporal. De esta forma, el reglamento lo concreta en el departamento ministerial correspondiente o, en los órganos o entes vinculados a la Administración General del Estado. Así como las consejerías de las respectivas comunidades autónomas o las entidades de la correspondiente administración local para aclarar el presupuesto que dotará de contenido al procedimiento en el nivel municipal y autonómico. Se trata,

⁵⁸¹ GIL PLANA, J. (2012, 292).

⁵⁸² SAN 28 de marzo de 2014. Autos 499/2013.

tal y como se ha apuntado con anterioridad, de una clasificación un tanto artificial, por cuanto la misma dependerá no de una realidad predeterminada con suficiente grado de certeza, sino de la organización y delimitación residenciada en última instancia en la voluntad del correspondiente órgano político, introduciendo importantes elementos de complejidad en la regulación de esta cuestión⁵⁸³.

El propio reglamento regulador establece por su parte la delimitación del elemento causal, que conllevará la necesidad de seguir el mencionado procedimiento. De esta forma, la causa económica viene referida a una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos. Esta insuficiencia aparece a continuación ejemplificada por una serie de supuestos elevados a la categoría de supuesto de hecho determinante de la noción causal. (i) que en el ejercicio anterior, la administración pública en que se integra el departamento, ente, órgano, organismo o entidad haya presentado una situación de déficit presupuestario o (ii) que los créditos del departamento o las aportaciones o transferencias patrimoniales se hayan minorado en un 5% en el ejercicio corriente o un 7% en los dos últimos ejercicios.

Cierto es que la previsión en relación a la insuficiencia presupuestaria ya había sido utilizada por algún pronunciamiento judicial a los efectos de delimitar la posibilidad extintiva, pero es en la actualidad cuando el reglamento regulador lo eleva definitivamente a la categoría de presupuesto causal. De esta forma, la insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente se erige definitivamente en presupuesto habilitador.

En torno a dicho concepto, es la noción sobrevenida la que permite en una primera aproximación excluir todos aquellos supuestos en los que existe *"una previa decisión política de dotar económicamente a una determinada Administración Pública con un presupuesto inferior en el momento de la*

⁵⁸³ RODRIGUEZ PIÑERO – ROYO, M. (2013, 37).

*elaboración presupuestaria*⁵⁸⁴"; o, por decirlo con otras palabras, lo que no cabría sería una situación de insuficiencia e inestabilidad causalizada y predeterminada por la propia Administración, en la que pueda subyacer una decisión política *"de dotar a una determinada administración pública con unos recursos inferiores en el momento de elaboración y aprobación de los presupuestos"*⁵⁸⁵.

Ahora bien desde un punto de vista causal y tomando como referencia la causalidad económica, el examen de la implementación de la mencionada medida en el sector público pasa por analizar la relevancia que en el mismo tiene la distinta finalidad a la que indudablemente se debe dirigir la actuación de una Administración Pública. Por decirlo con un nivel menor de abstracción, en qué medida el hecho de que las Administraciones Públicas están sujetas al interés público como criterio específico que debe guiar su actuar hace inviable medir la eficiencia en el sentido de eficacia competitiva.⁵⁸⁶ Evidentemente, la valoración del elemento causal debe posibilitar guardar el necesario equilibrio entre el principio de eficiencia mencionado y la situación económica negativa de un determinado servicio público que no necesariamente se debe guiar por criterios de mera rentabilidad; lo contrario sería elevar a la categoría legal una determinada opción política e ideológica condicionando políticamente la gestión de los servicios públicos que un determinado organismo o entidad se viera obligado a proporcionar, lo que debe o debería situarse al margen de posibilidad alguna de amortización de puestos de trabajo a través de la vía utilizada. Dicho de otra forma, en las Administraciones públicas *"la situación económica negativa no puede equipararse a secas con la de cualquier empresa privada, pues debe ser de mayor intensidad"*⁵⁸⁷. En efecto, en consonancia con lo indicado, entiendo que la valoración de la situación económica no debe circunscribirse a valorar una situación desde parámetros de mayor intensidad o gravedad, sino en

⁵⁸⁴ TRILLO PÁRRAGA, F.J. (2012, 169).

⁵⁸⁵ MOLINA HERMOSILLA, O. (2013,52)

⁵⁸⁶ Reitero interrogante MARTÍN JIMENEZ, R. (2012, 7).

⁵⁸⁷ CRUZ VILLALÓN, J. (2012, 35).

términos de imprevisibilidad de una determinada coyuntura económica concreta⁵⁸⁸.

La segunda tipología de causas viene determinada por las organizativas y técnicas, que son definidas en los mismos términos que en el ámbito de la empresa privada con la necesaria mención de la prestación de servicios públicos.

En cuanto a las peculiaridades procedimentales, las mismas aparecen desgranadas en los arts. 37 y siguientes del reglamento regulador. Destacan en este punto las obligaciones documentales comunes que el mismo impone con independencia del elemento causal que justifique su tramitación. Así, el mencionado precepto alude tanto a la memoria explicativa de las causas alegadas en relación a los principios de estabilidad presupuestaria recogidos en la LO 2/2012, de 30 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera como, por otro lado, a la prioridad de permanencia que incorpora la mencionada Ley a favor del personal laboral fijo que hubiera adquirido dicha condición en base a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Esta cuestión, la de prioridad de permanencia (*"tendrán prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad a través de un procedimiento selectivo de ingreso aprobado a tal efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos o entidades"*), introducida por la DA 20ª ET, ha servido a un sector de nuestra doctrina⁵⁸⁹ para resaltar el cambio de configuración en el mecanismo extintivo al que estarían sujetos los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla. En efecto, hasta la entrada en vigor de la mencionada previsión existía (o empezaba a existir) un consenso judicial al entender que la vía extintiva para los citados trabajadores era la

⁵⁸⁸ La SAN de 28 de marzo de 2014 ha ejemplificado dicha posibilidad en los siguientes supuestos: (i) insuficiencia sobrevenida del crédito presupuestario y (ii) insuficiencia de ingresos sobre lo previsto en el presupuesto.

⁵⁸⁹ GIL PLANA, J. (2012, 310).

propia del artículo 49.1b) del ET; o, por decirlo con un nivel más adecuado de concreción, la cobertura reglamentaria de la plaza era lo que determinaba a efectos prácticos la extinción contractual sin margen indemnizatorio alguno o, en su caso, sin sometimiento al procedimiento propio de las extinciones objetivas de naturaleza individual. La cuestión podría replantearse a la luz de la nueva regulación pudiendo exigirse la necesaria tramitación del procedimiento individual o colectivo que fuera de aplicación. En todo caso y, en este punto, la STS de 17 de julio de 2013⁵⁹⁰; se inclina por la primera de las alternativas apuntadas⁵⁹¹, es decir, por la posibilidad de que los indefinidos no fijos vean extinguida su relación contractual por la mera amortización de la plaza sin derecho a indemnización, guardando dicha posibilidad extintiva una notable analogía con la existente para la extinción por amortización de la plaza de los trabajadores sujetos a una interinidad por vacante. Posición que, pese al pronunciamiento aludido, parece haber sido corregida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de junio de 2014⁵⁹² al considerar necesario en estos casos seguir la vía del despido objetivo individual o colectivo prevista en el texto estatutario.

Al margen de la documentación común, el despido por causas económicas establece una documentación singular y diferenciada en relación al procedimiento aplicable en el sector privado dentro del que destaca la necesaria aportación en forma de justificación de una memoria que avale la insuficiencia presupuestaria alegada, los presupuestos donde conste el gasto

⁵⁹⁰ Rec. 1380/2012.

⁵⁹¹ Y ello pese a que el mencionado pronunciamiento cuenta con un contundente voto particular que refiere la necesidad de seguir la vía extintiva contemplada en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores cuando se proceda a la amortización de la plaza del indefinido no fijo y ello sobre la base de dos consideraciones: (i) la evolución habida en relación a la figura del indefinido no fijo y su expresa previsión legal en los artículos 8.2 y 11 del actual EBEP y (ii) la contrariedad que la mencionada interpretación tendría respecto al efecto útil de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999 (LA LEY. 5548/1999), relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEPP, sobre el trabajo de duración determinada, al sancionar una temporalidad con un resultado que situaría en peor posición al indefinido no fijo que al trabajador temporal.

⁵⁹² Rec. 217/2913.

de personal así como las correspondientes modificaciones de los créditos presupuestarios, el plan de ordenación de recursos humanos, la certificación del responsable de la oficina presupuestaria u órgano contable donde efectivamente conste la insuficiencia alegada y la correspondiente relación de puestos del departamento, consejería o entidad local.

La comunicación de apertura del periodo de consultas deberá dirigirse a la autoridad laboral y al órgano correspondiente de la función pública. Por su parte, la interlocución corresponderá por la parte social al comité de empresa o delegados de personal del ámbito afectado o a las secciones sindicales si tuvieran la mayor parte de la representación del comité. Por parte de la Administración la interlocución corresponderá a la subcomisión delegada del CIVEA en el caso de departamentos ministeriales en el ámbito del convenio colectivo único u órganos de naturaleza análoga en el resto de convenios.

Particularidad importante del periodo de consultas, y que merece ser destacada, viene dada por el órgano encargado de elaborar los planes de recolocación externa, a saber; el servicio público de empleo estatal u órgano análogo en el seno de la comunidad autónoma, no existiendo por ende y en este aspecto específico distinción alguna en relación a las obligación de suscripción del plan de recolocación de acuerdo a la naturaleza privada del sujeto interviniente.

CAPÍTULO V.- LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS.

5.1. Antecedentes y configuración actual del régimen jurídico en materia de impugnación judicial de los despidos colectivos.

Dos son los principios sobre los que se asienta el sistema judicial español, y cuya correcta inteligencia debe permitir, con carácter general, una aproximación a la problemática general de la delimitación de competencias entre los diversos órganos jurisdiccionales; problemática donde, en la materia examinada y al amparo de la legislación anterior, se acumulaban las cuestiones de deslinde de acuerdo a la concreta materia impugnada. En efecto, unidad de jurisdicción y pluralidad de órdenes judiciales vertebran y dotan de sentido a la arquitectura última en torno a la cual los órganos judiciales ejercen con plenitud su función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE). Se trata de dos conceptos próximos o complementarios, pero a la vez diversos, pues, como señala nuestra doctrina, una cosa es que la jurisdicción se ejerza con plenitud y exclusividad y otra, que por razones de especialidad existan órdenes jurisdiccionales con ámbitos competenciales específicos⁵⁹³; es decir, que existan diversos órdenes jurisdiccionales y no simples secciones especializadas de un mismo orden jurisdiccional.

En este contexto, el sistema español de distribución competencial se asienta sobre tres planos, que responden a su vez a una triple metodología.⁵⁹⁴

En primer lugar, un método que opera en abstracto y que encuentra en la LOPJ su expreso apoyo normativo. En lo que concierne al orden social y al contencioso administrativo, los artículos 9.4 y 9.5 de la mencionada ley señalan respectivamente sus ámbitos competenciales. Así, conocerá el orden

⁵⁹³ MAURANDI GUILLÉN, N. / SEMPERE NAVARRO, A.V. (2006, 97).

⁵⁹⁴ MARTÍN VALVERDE, A. (2006, 268).

contencioso con carácter prioritario de *"las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los reales decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción (...)*. De su lado, al orden social se le atribuye el conocimiento *"de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral"*. Parece pues, y sobre la base de una inteligencia literal del último de los preceptos transcritos, que los Tribunales Laborales conocerán de tres grandes cuestiones: pretensiones incardinables dentro de la rama social del Derecho, reclamaciones de la Seguridad Social y, por último, reclamaciones contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral. Tal y como se ha apuntado⁵⁹⁵, el artículo 9.5 de la LOPJ parece confundir la rama social del derecho con el Derecho del Trabajo, cuando en realidad las referencias a las reclamaciones contra la Seguridad Social y contra el Estado en los supuestos expuestos deben entenderse incluidas, también, dentro del concepto de rama social del Derecho, tratándose, en definitiva, de dos simples aclaraciones o concreciones.

Debemos concluir que la delimitación de los ámbitos de competencia de los distintos órdenes jurisdiccionales *"se realiza en la Ley Orgánica del Poder Judicial sólo de forma genérica o inicial, sin que ello excluya que las leyes ordinarias puedan concretar dicha delimitación genérica"*⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A. (2001, 78).

⁵⁹⁶ FERNÁNDEZ VILLAZÓN L.A. (2001, 79).

Siendo ello así, el segundo método se articulará en un nivel inferior, es decir, en el ámbito de la legislación ordinaria anteriormente referida, siendo la LJCA⁵⁹⁷ (art. 2) y la LRJS⁵⁹⁸ (arts. 1 y 2) sus ejes vertebradores.

El art. 1 de la LRJS reproduce, en esencia, lo contenido en el artículo 9.5 de la LOPJ, y se configura como la cláusula general de atribución de competencias al orden social, mediante una fórmula genérica y similar a su antecedente normativo que podemos situar en la Ley Orgánica de la Magistratura del Trabajo de 1940, y que, lejos de resultar ociosa e intrascendente, presenta una indudable relevancia derivada del hecho *"de cubrir a través de una vis atractiva esos huecos dejados inevitablemente por el legislador"*. Y ello, sin perjuicio de servir *"como patrón de validez de los criterios concretados en el artículo 2⁵⁹⁹"*.

Por su parte, el artículo 2 de la LRJS comprende, a través del sistema de lista con una cláusula final de cierre, toda una serie de materias o cuestiones litigiosas que vendrían atribuidas al orden social. Se pueden delimitar, sin perjuicio de la concreción contenida en dicho precepto, cinco grandes áreas: (i) cuestiones surgidas entre empresarios y trabajadores, (ii) litigios que afectan a los derechos colectivos de los trabajadores o que tienen una dimensión colectiva, (iii) cuestiones que se promueven en el ámbito de la protección social, (iv) reclamaciones frente al Estado y sus organismos cuando su responsabilidad se derive de la legislación laboral e (v) impugnación de resoluciones administrativas en procedimientos de regulación de empleo derivados de fuerza mayor, o del ejercicio de la potestad administrativa por parte de la Administración.

⁵⁹⁷ Ley 29/1998 de 13 de julio.

⁵⁹⁸ Ley 36/2011 de 10 de octubre.

⁵⁹⁹ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A. (2001, 79).

En definitiva, nos encontramos ante un precepto que, tal y como anticipó la Ley procesal laboral de 13 de junio de 1980, establece una relación taxativa de materias sujetas a la jurisdicción social⁶⁰⁰.

Por su parte, la delimitación de competencias del orden contencioso administrativo se asienta no sólo en lo establecido en el art. 2 de la LJCA, sino mediante la delimitación negativa que efectúa el art. 3 de la LRJS.

En este segundo nivel merece ser destacado el intento de clarificación competencial que, a través del malogrado art. 3.2 de la LPL, se intentó llevar a cabo en relación con las resoluciones que se hubieran de dictar en los procedimientos de regulación de empleo. Efectivamente, la Disposición Adicional Quinta de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contenciosa- administrativa, dio una nueva redacción al art. 3 de la LPL con el indisimulado propósito de atribuir al orden social la revisión jurisdiccional de los actos administrativos en materia laboral. En concreto, el mencionado precepto señalaba que *"los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán, en todo caso, y previa reclamación en los términos previstos en los artículos 69 a 73 del presente texto refundido ante la Administración Pública correspondiente, de las pretensiones sobre a) las resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracciones de orden social, con la excepción prevista en la letra b) del apartado I de este artículo, b) las resoluciones administrativas relativas a la regulación de empleo u actuación administrativa en materia de despidos colectivos"*.

El mencionado intento de reforma fue seguido de una larguísima y extrañísima *vacatio legis* de un año. Mientras, y durante el transcurso del mencionado periodo, tuvo lugar la aprobación de la Disposición Adicional Vigésimo Cuarta de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que estableció que, *"en el plazo de nueve*

⁶⁰⁰ DOLZ LAGO, M. (1987, 345).

meses desde la entrada en vigor de la ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley para incorporar a la ley de procedimiento laboral las modalidades y especialidades procesales correspondientes a los supuestos del anterior número dos. Dicha ley determinará la entrada en vigor de la atribución a la jurisdicción del orden social de las materias comprendidas en el número dos de este artículo". Se pospuso, por tanto y *sine die*, la atribución competencial de las mencionadas cuestiones al orden social que, no obstante, fue el competente durante el periodo comprendido entre el 14 de diciembre y el 31 de diciembre de 1998.

Dicha cuestión y, en concreto, la atribución competencial que subyacía en la problemática descrita ha sido definitivamente abordada y resuelta por la LRJS. De esta forma, el art. 2.n.) de dicha Ley viene a poner fin a la inconcreción competencial existente en esta materia y a las dudas de reparto que se habían originado de acuerdo a la regulación anterior.

Por último, y a modo de cierre, se situaría el denominado método enumerativo, con la atribución concretada y detallada a un determinado orden de las materias que pudieran ser calificadas como dudosas o de no expresa atribución, (litigios contra el FOGASA atribuidos a lo Social o reclamaciones en materia de gestión recaudatoria al orden contencioso). Una atribución que se deja guiar, en ocasiones, *"por razones estrictamente pragmáticas y no dogmáticas, como el reparto de la carga de trabajo o la mayor adecuación al itinerario procesal"*⁶⁰¹.

En el contexto aludido, se ubicaba la tradicional y problemática delimitación competencial existente en materia de impugnación judicial de los despidos colectivos. Este confusionismo se debía, en buena medida, a la coincidencia de un doble criterio delimitador, coextenso y no excluyente, en las potenciales controversias que se pudieran producir. Dicho con otras palabras, existen supuestos en los que concurre el criterio vertical o subjetivo que sirve de base

⁶⁰¹ MARTÍN VALVERDE, A. (2006, 372).

a la atribución competencial del orden contencioso, *"actos de las administración pública sujetos a derecho administrativo"*, con el criterio material, parámetro que viabiliza la distribución competencial hacia el orden social *"pretensiones que se promueven dentro de la rama social del derecho"*. Esto es, *"según se prefiera poner el acento en el elemento material o en el subjetivo la pretensión judicial correspondiente deberá plantearse ante uno u otro orden de la jurisdicción. En estos casos de presencia de zonas de intersección, no existen reglas consolidadas ni siquiera puede afirmarse que surjan condicionantes constitucionales que inviten a una u otra solución por parte del legislador ordinario"*⁶⁰².

Resulta evidente, con independencia de la solución legislativa adoptada y clarificada definitivamente a favor del orden social de la jurisdicción de acuerdo a la letra n) del art. 2 anteriormente mencionado, que nos encontrábamos en un terreno abonado a la fricción constante, por las grandes zonas de intersección en el plano sustantivo que se producen entre el Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo y que, a su vez, son trasladadas al campo procesal. La meritada fricción no debía identificarse, tal y como acertadamente se ha apuntado, con un conflicto,⁶⁰³ sino con un problema de límites, de coextensión o diferenciación entre órdenes de la jurisdicción.

La complejidad de la delimitación que se acaba de referir era apreciable en grado máximo con anterioridad a la aprobación de la LRJS, en donde se había llegado a indicar que la falta de tratamiento legal completo unido a la inexistencia de criterios homogéneos, *"apenas permite matizar con coherencia las soluciones alcanzadas"*⁶⁰⁴ o, al menos, enunciarlas con la suficiente claridad expositiva.

⁶⁰² CRUZ VILLALÓN, J. (1991,2).

⁶⁰³ CONDE MARTÍN DE HIJAS, V. (1989, 1).

⁶⁰⁴ CUENCA ALARCÓN, M. (2006, 78).

El tradicional criterio de deslinde entre ambos órdenes, hoy felizmente superado, se había residenciado tradicionalmente en la distinción entre la autorización administrativa y las consecuencias laborales de dicha autorización; esto es, entre el contenido de la propia resolución administrativa y las vicisitudes que apareja la ejecución de la misma. Ahora bien, no era fácil, en el anterior contexto, la simple traslación *ad casum* de esta regla dual de atribución competencial. Y es que, en ocasiones, no resultaba sencillo determinar cuándo nos encontramos ante una controversia sobre la autorización y cuándo sobre las consecuencias de la misma. Y ello, por no encontrarse perfectamente delimitados los extremos sobre los que había de referirse la autorización administrativa⁶⁰⁵. En efecto, pese a que el contenido material sobre el que recaía la autorización administrativa era evidentemente de índole laboral, la resolución autorizadora en sí misma considerada respondía a los tradicionales parámetros del derecho administrativo, por lo que la revisión correspondía al orden contencioso, aun existiendo supuestos, clarificados por la propia legislación, que atribuía su conocimiento al orden social: impugnación del acuerdo por la autoridad laboral, controversias sobre la cuantía o la falta de pago de las indemnizaciones, y otros en los que los Tribunales tuvieron que ir sistematizando las diferentes soluciones y que, de forma adecuada, se encuentran superados por la nueva regulación procesal laboral.

5.2. Las diferentes vías impugnatorias y su plasmación actual en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

5.2.1. La impugnación colectiva o la modalidad procesal de impugnación de los despidos colectivos.

Dentro de las novedades introducidas en la legislación procesal por la Ley 3/2012, conviene detenerse en relación a la temática examinada en el art. 5, esto es, el específicamente destinado a la regulación del procedimiento de

⁶⁰⁵ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A. (2001, 273).

impugnación colectiva de los despidos colectivos basados en un razonamiento empresarial. En el ámbito adjetivo o puramente procesal, esta novedad, viene a ser la traducción lógica en consonancia con la supresión de la autorización administrativa y de la atribución generalizada al orden social de la jurisdicción de las impugnaciones propias de la temática analizada. En coherencia con la propia exposición de motivos, este procedimiento, pretende dar una rápida respuesta judicial a la decisión extintiva empresarial, evitando demoras innecesarias y consagrando el control judicial *ex post* como vía definitiva en el control causal de la medida empresarial. En todo caso, la vía impugnatoria consagrada en el art. 124 de la ley adjetiva sigue coexistiendo con la vía del conflicto colectivo para las decisiones empresariales basadas en la fuerza mayor y que todavía siguen requiriendo de autorización administrativa, y con la modalidad o procedimiento de oficio, como vía de control por parte de la autoridad laboral del posible fraude en la tramitación y finalización consensuada del periodo de consultas.

La simple literalidad del actual art. 124 de la Ley Jurisdiccional permite afirmar cómo el nuevo procedimiento colectivo instaura una doble legitimación de carácter colectivo, que a su vez viene dada por el doble canal representativo existente en el sistema español de relaciones laborales. No obstante, en el caso de la legitimación por parte de la representación social, la ley se encarga de recordar la necesaria implantación en el ámbito propio del despido instado, sin que baste, consecuentemente, *"la mera presencia de la constitución de una sección sindical en la empresa"*⁶⁰⁶. De esta forma, algún pronunciamiento alude al concepto de "implantación suficiente" que se lograría cuando el sindicato ostente en el ámbito de la medida impugnada uno de los puestos que integran la comisión representativa de los trabajadores para el periodo de consultas⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ MOLERO MARAÑÓN, M^a L^a. (2012, 321).

⁶⁰⁷ SAN 16 de mayo de 2014 (proc. 500/2013).

Una vez constatada la mencionada realidad, surgen los primeros interrogantes que, a efectos sistemáticos y expositivos, podemos enumerar de la siguiente manera: (i) posible legitimación inicial de la comisión *ad hoc* negociadora del periodo de consultas y (ii) posible legitimación inicial de los trabajadores individualmente considerados.

El primero de los interrogantes viene siendo despejado de forma mayoritaria por nuestra doctrina en sentido positivo⁶⁰⁸, así como por los procedimientos judiciales que han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre dicho extremo⁶⁰⁹, por cuanto la noción representantes legales de los trabajadores no permite sustentar una interpretación excluyente de la noción representantes de los trabajadores de acuerdo a lo referido en la exposición de motivos del RDL 3/2012, que alude a los representantes de los trabajadores en el despido colectivo como sujetos con capacidad negocial plena⁶¹⁰.

Por su parte, la segunda de las cuestiones apuntadas debe despejarse acudiendo a una interpretación literal de la norma, que menciona a la representación legal y a la sindical como los sujetos que poseen *ex lege* la citada legitimación, tal y como por otra parte se encargaron de recordar los primeros pronunciamientos judiciales existentes en la materia, ejemplificados en torno a la SAN de 27 de julio de 2012⁶¹¹.

No obstante, también hay que referir la posición contraria mantenida por ciertas voces, que consideran posible la extensión de dicha legitimación inicial a los trabajadores individualmente considerados,⁶¹² fundando en buena medida dicho posicionamiento en la *vis* expansiva del derecho a la tutela

⁶⁰⁸ ALFONSO MELLADO, C. L. (2012, 274).

⁶⁰⁹ STSJ de Catalunya de 23 de mayo de 2012 (AS 2012/1049).

⁶¹⁰ Recoge igualmente dicha posibilidad la STS de 18 de marzo de 2014 (Rec. 114/2013).

⁶¹¹ AS 2012/1784.

⁶¹² LUJÁN ALCARAZ, J/TARRAGA POVEDA, J. (2012, 402).

judicial efectiva ex art. 24 y del derecho a accionar como concreta manifestación de dicho derecho en el plano procesal.

Al margen del doble interrogante que se acaba de plantear, conviene aludir a las posibilidades de legitimación impugnatoria por parte de los representantes firmantes del acuerdo, cuestión ésta que desde algún sector se ha venido defendiendo, utilizando como clave argumental la analogía con los supuestos de impugnación de convenios y la legitimación que en estos casos pudiera corresponder a los sujetos firmantes del acuerdo⁶¹³.

Por último y en el plano exclusivamente de legitimaciones y como auténtica novedad de la Ley 3/2012, debe destacarse la legitimación activa empresarial en aquellos casos en los que se pretende obtener una declaración judicial de conformidad a derecho de la medida empresarial.

Dicha posibilidad, que ha sido configurada por el legislador como una suerte de legitimación subsidiaria o de segundo grado⁶¹⁴, viene informada por el interés del empresario en la existencia de una declaración judicial que cierre la vía a posibles demandas individuales de los trabajadores potencialmente afectados, pudiendo éstos últimos participar como interesados en esta particular vía impugnatoria al amparo de lo dispuesto en el art. 17 de la LRJS y 13 de la LEC⁶¹⁵, encontrándose pasivamente legitimada la representación legal de los trabajadores, previsión legal que necesariamente diluye el debate contradictorio de necesaria existencia en el acto de juicio. Esta posibilidad sólo resultará viable que sea planteada en aquellos casos en los que ni la autoridad laboral a través del procedimiento de oficio, ni la representación de los trabajadores hayan ejercido la correspondiente acción colectiva. Por ello

⁶¹³ GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. (2012, 1).

⁶¹⁴ MOLERO MARAÑÓN M^a, L^a. (2012, 329).

⁶¹⁵ STSJ de Cantabria de 26 de septiembre de 2012 (AS 2012/2599).

será necesario dejar transcurrir el plazo de caducidad de los 20 días en que una acción colectiva se mantiene todavía vigente.

5.2.2. Los motivos de impugnación en la modalidad procesal del despido colectivo.

De acuerdo a la literalidad del art. 124 de la LRJS son cuatro los motivos de fondo que permiten la impugnación judicial a través de esta modalidad procesal. Dada su sustantividad, se estudiarán a continuación de forma separada los dos motivos impugnatorios principales referidos a (i) la inexistencia de base causal para el despido y (ii) la ausencia de las formalidades precisas.

Respecto a los otros dos motivos, el primero de ellos, existencia de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho guarda un indudable paralelismo con el procedimiento de oficio de iniciación por los mismos hechos, mientras que la posible vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, posibilidad impugnatoria introducida a modo de aclaración por la Ley 3/2012, exigirá la necesaria vertiente colectiva de la vulneración denunciada porque de otra forma será la vía individual la de necesario seguimiento⁶¹⁶.

5.2.2.1. La inexistencia de la causalidad alegada en la comunicación escrita.

La tradicional resolución administrativa que se debía emitir en caso de desacuerdo entre las partes venía caracterizada por dos notas: motivación y congruencia, ambas de clara exigencia legal (art. 51.6 del ET en consonancia con el art. 15.2 del RD 46/96). Estos parámetros son los que debían

⁶¹⁶ De esta forma la STS de 20 de septiembre de 2013 (REC 11/2013) dice: “es verdad que los representantes de los trabajadores que impugnan un despido colectivo pueden invocar como motivo la vulneración de un derecho fundamental, pero la actuación a la que se ha de imputar tal vulneración ha de ser la decisión extintiva de afectación colectiva y no los actos posteriores de individualización o concreción del despido colectivo”.

contextualizar debidamente la triple opción con la que se podía presentar la resolución mencionada: (i) denegar la autorización cuando los hechos alegados y probados no basten para dotar de sustantividad a las causas que han sido alegadas, (ii) conceder la autorización para cierto número de despidos y (iii) autorizar la solicitud en los términos solicitados por el empresario.

Esta triple opción cerraba el margen de la actuación para la Administración, sin que existiera la posibilidad planteada al amparo de la legislación precedente, consistente en "*acordar otras medidas diferentes a las solicitadas que abarcarían desde la suspensión de los contratos hasta la reducción de la jornada o salario*"⁶¹⁷, tal y como por ejemplo apreció la STS 17 de enero de 1985 ⁶¹⁸ al convalidar la resolución administrativa que autorizó la suspensión de los contratos de trabajo respecto a la inicial petición extintiva llevada a cabo por el empresario.

Por lo tanto, y en base a una estricta aplicación del criterio de congruencia, el entendimiento por parte de la Administración de la mayor adecuación de unas medidas distintas de las propuestas impediría no obstante su plasmación, aún contando con un deseo expreso de los trabajadores en tal sentido.

Dos vías de reflexión, una principal y una subordinada, se abrían a tenor de lo indicado.

La principal transcurre por un examen evaluador del grado de discrecionalidad con el que potencialmente contaba la Administración. Esta reflexión se basa en la dicción legal sentada en el anterior redacción del art. 51.6 "*in fine*," a tenor de la cual, "*la autorización procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda que concurre la causa o causas alegadas por el empresario y, que la razonabilidad de las medidas propuestas*

⁶¹⁷ RIVERO LAMAS, J, DE VAL TENA, A. (1997, 609).

⁶¹⁸ RJ 1985/228.

por la empresa son necesarias a los fines previstos en el apartado 1 de este artículo”.

Al respecto se ha llegado a efectuar⁶¹⁹ una distinción, tomando como criterio delimitador la reforma operada por la Ley 11/1994.

Con anterioridad a la vigencia de dicha Ley, una de las características de la intervención administrativa de comprobación de la concurrencia causal era su discrecionalidad, sin que pese a ello fuera admisible una equiparación entre discrecionalidad e imposible control de la legalidad de los actos administrativos. De esta forma y con carácter previo a la mencionada reforma legal, el objeto de la autorización administrativa era la búsqueda de la solución adecuada al proyecto empresarial, que podría coincidir o no con la estrictamente proyectada por el empresario⁶²⁰. Por expresar la anterior afirmación con otras palabras, la solución administrativa podía exceder *“de la propia propuesta empresarial”*⁶²¹.

Por su parte, y con posterioridad a la aprobación de la mencionada Ley, se produce, cuando menos, una reducción de la discrecionalidad o, para ser más precisos, su sustitución por un canon o control de razonabilidad, control que *“obliga a comprobar la concurrencia de las causas y la proporcionalidad de las medidas propuestas, minora el margen de discrecionalidad con el que contaba la Administración”*,⁶²² pese a que pudiera aún mantenerse⁶²³ que las facultades atribuidas a la Administración en esta materia deben situarse en el ámbito de la discrecionalidad técnica.

Entre la arbitrariedad y el carácter absolutamente reglado de la actividad valorativa, procedía acotar la discrecionalidad sobre la base de los factores

⁶¹⁹ GOERLICH PESET (1994,167).

⁶²⁰ SERRANO GARCÍA, J^a. M^a. (2002, 290).

⁶²¹ GÓMEZ MUÑOZ, J.M. (2009, 135).

⁶²² GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. (1995, 398).

⁶²³ NAVARRO NIETO, F (1996, 226).

reglados que concurrirían en la propia autorización administrativa y que serían: de un lado, los motivos o consideraciones de hecho y de derecho que fundan las decisiones administrativas y el fin perseguido por la autorización⁶²⁴ y, de otro, la propia motivación y congruencia como factores endógenos a la propia decisión. Así, desde el entendimiento de la potestad administrativa como actividad discrecional, pudo afirmarse que la intervención final de la Administración *"se circunscribe a un control de racionalidad, considerando dentro de él las diferentes lógicas e intereses en presencia, y por tanto vinculando la intervención administrativa a una función compositiva de intereses"*.⁶²⁵ En este punto, se vinieron manteniendo posicionamientos que atribuyen un carácter reglado a la potestad administrativa plasmada en la resolución que se hubiera de dictar, y ello, sobre una doble premisa.

En primer lugar, *"la citada disposición no confiere a la Administración un margen de volición para elegir entre una consecuencia jurídica u otra, es decir, no le otorga legitimidad para optar entre varias conductas"*.⁶²⁶ Por ello, y en segundo lugar, el propio tenor literal de la norma acabaría determinando el carácter reglado de dicha potestad; de esta forma, *"el marco legal restringiría aún más el círculo operativo del órgano encargado de resolver, porque la autorización habrá de concederse inexcusablemente (...), la responsabilidad administrativa es la de una simple constatación limitada a comprobar la efectiva concurrencia de los presupuesto de hecho y jurídicos legitimadores de la concesión del permiso interesado"*.⁶²⁷

Al margen de la solución finalmente adoptada, se hacía necesario de inicio cuestionar dos premisas o, por lo menos, descartar un eventual automatismo en su utilización; por una parte, la equivalencia entre discrecionalidad y

⁶²⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. AVILÉS FERNÁNDEZ, J.A. (1997, 285).

⁶²⁵ NAVARRO NIETO, F. (1996, 224).

⁶²⁶ SERRANO GARCÍA, J^a.M^a. (2002, 290); RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (2009, 100).

⁶²⁷ GÁMEZ OREA, M. (1996, 192).

congruencia y, por otra, discrecionalidad y naturaleza arbitral, mediadora o cuasi jurisdiccional de la propia Administración.

En efecto, la naturaleza discrecional en el ejercicio de una determinada potestad administrativa no debe ser examinada en términos de congruencia o incongruencia entre la solicitud empresarial iniciadora del referido expediente y la resolución administrativa que finalmente se hubiera de adoptar. La imposibilidad de adoptar medidas alternativas al margen de las solicitadas por el empresario, o de adoptar soluciones intermedias para conciliar los intereses en contraste, son cuestiones que remiten a los concretos términos de congruencia en los que se debía enmarcar y contextualizar el debate planteado, siendo precisamente la congruencia de la resolución administrativa una de las notas que definen el contenido de la resolución administrativa. Y ello, sin olvidar que, en el presente supuesto, nos encontrábamos ante un control administrativo tendente a comprobar si las medidas solicitadas eran razonablemente idóneas a los fines perseguidos.⁶²⁸

Por otro lado, y tal y como se apuntó con anterioridad y al margen, insisto, de la naturaleza discrecional o reglada que informaba la actividad de la Administración en este punto, resultaba perfectamente posible cohonstar la existencia de una autorización como técnica propiamente administrativa y una discrecionalidad como marco dentro del cual debe desarrollarse dicha actividad, sin que por ello cambie la naturaleza concreta de la técnica autorizatoria utilizada o el margen de razonabilidad dentro de la cual se inserta la misma. Dicho con un nivel menor de abstracción, la existencia de un margen de discrecionalidad valorativa no modifica el juicio de razonabilidad que debe emitir la Administración, convirtiendo la valoración causal en un mero juicio de oportunidad.

En el supuesto examinado, la actividad de la Administración venía determinada, sin duda, por la existencia de una serie de conceptos jurídicos

⁶²⁸ BLASCO PELLICER, A. (2007, 216).

indeterminados que enmarcaban y contextualizaban, en última instancia, la actividad administrativa. Ahora bien, potestad discrecional y conceptos jurídicos indeterminados son cuestiones sustancialmente diversas,⁶²⁹ ya que la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados es un supuesto más de subsunción de una categoría legal en unas circunstancias reales determinadas. En esa zona de incertidumbre que caracteriza a los conceptos indeterminados, surgiría el margen de apreciación administrativa, que no de oportunidad, que caracterizaría a la actuación de la Administración laboral. Tal y como expone la STS de 23 de junio de 2003:⁶³⁰ *"conforme a dicha técnica de los conceptos jurídicos, se distingue zonas de certeza positiva y negativa, junto un llamado «halo o zona de incertidumbre», en relación con las cuales no se puede acudir a la presunción «iuris tantum» de validez de los actos administrativos, ni rescatar siquiera la doctrina que otorgaba a la Administración el «beneficio de la duda» en los casos complejos en los que la zona oscura del concepto requiere un mayor contacto con los hechos y un conocimiento técnico preciso, sino que es posible llegar a un control pleno del acto administrativo que aplica tal concepto; en este caso el de la fuerza mayor. O, dicho en otros términos, corresponde a la función revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa determinar si un acto administrativo concreto hace una aplicación correcta de la noción de fuerza mayor que incorpora el art. 51.12 LET, en relación con la constante jurisprudencia elaborada tanto en torno con dicho precepto como respecto al art. 1105 del CC. Esto es, la aplicación que haga la Administración de la noción de fuerza mayor no es una zona exenta del control jurisdiccional, no constituye una potestad discrecional ni siquiera es un supuesto dejado a la apreciación inicial de la Administración con un ulterior control jurisdiccional limitado a los supuestos en que se aprecie una aplicación irrazonable de la potestad administrativa".*

⁶²⁹ PARADA VÁZQUEZ, R. (1998, 104).

⁶³⁰ RJ 2003/5786.

Al margen de la distinción histórica efectuada, tomando como referencia la Ley 11/1994, la anterior regulación reglamentaria introducía, en mi opinión, algunas notas que permitían ahondar en la naturaleza discrecional de la resolución administrativa a emitir en el periodo de consultas, cuando la disonancia fuera la nota informadora del proceso negociador llevado a cabo por las partes. Esta afirmación aparecería corroborada por la posibilidad de autorizar un número de extinciones menor que los solicitados inicialmente por el empresario, *"procederá la estimación en parte de la solicitud cuando acreditada la concurrencia de la causa extintiva en la documentación obrante en el expediente no quede suficientemente justificada la razonabilidad del número de extinciones pretendido"*. Pudiendo incluso afectar la autorización administrativa a uno o a varios de los centros afectados.

Por lo demás, congruencia y motivación se erigían en las dos notas típicas que debían informar la resolución administrativa y que en última instancia, delimitan el carácter administrativo de la potestad administrativa ejercitada.

La motivación consiente *"el control de la racionalidad jurídica de la decisión administrativa sobre todos sus elementos eliminando los carentes de justificación en relación con la base de hecho que integra la causa del acto administrativo"*⁶³¹, permitiendo, en definitiva, erradicar toda arbitrariedad, y siendo, a la vez, aplicación del concreto principio enunciado con carácter general en el art. 54 de la ley administrativa, según el cual *"serán motivados con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho..."*

Por su parte, la congruencia encontraría su regulación concreta en el ámbito positivo en el art. 89 de la LRJA-PAC: *"la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo"*, *"cuando se trate de cuestiones conexas que no hubieran sido planteadas por los interesados del órgano competente"*

⁶³¹ PAREJO ALONSO citado en MONEREO PÉREZ, J.L. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. (1997, 285).

podrá pronunciarse sobre las mismas, poniéndolo antes de manifiesto a aquellos por un plazo no superior a quince días”, imposibilitándose en definitiva, adoptar una solución distinta a la solicitada por los interesados.

En relación con la congruencia examinada, se planteaban dos supuestos que, a tenor de todo lo indicado, pudieran resultar problemáticos en su conexión con el mencionado principio de congruencia.

El primero de ellos, autorización de un menor número de extinciones que las solicitadas, remitía a la literalidad de la propia norma como canon de interpretación. De esta forma, tal y como disponía el apartado sexto del art. 51, *“cuando el período de consultas concluya sin acuerdo, la autoridad laboral dictará resolución estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial”,* dando cabida a la posibilidad de autorizar menos extinciones que las inicialmente solicitadas, posibilidad acogida en la nueva regulación reglamentaria (RD 801/2011), al posibilitarse la estimación en parte de la solicitud, tanto desde un punto de vista del número de afectados como del centro de trabajo objeto de la medida. Criterio por otra parte por el que se habían inclinado determinados pronunciamientos judiciales con anterioridad a la reforma reglamentaria del 2011. Baste citar como ejemplo la STSJ de la Rioja de 22 de diciembre de 2009⁶³², al considerar que *“si después de las negociaciones se autoriza la extinción de un menor número de relaciones laborales por haberse llegado a acuerdos parciales, ello por sí sólo, no invalida la autorización administrativa correspondiente”.*

La propia legislación sustantiva vendría a reconocer esta suerte de incongruencia *infra petita*⁶³³.

El segundo de los supuestos vendría determinado por la posibilidad de autorizar medidas suspensivas cuando la petición inicial contemplaba

⁶³² RCA 417/2009.

⁶³³ GÁMEZ OREA, M. (1996, 198).

extinciones como referente reestructurador. Se trataría en mi opinión de una posibilidad vedada por la regulación sustantiva por su carácter de incongruencia *extra petita*⁶³⁴, que excedería con creces los límites marcados por el tenor literal del texto y estatutario y por el correlativo art. 12 del RD (801/2011).

Dejando a un lado la anterior digresión histórica, debe enfatizarse que la actual regulación sustantiva y de acuerdo a lo manifestado por la STSJ de la Comunidad de Madrid de 11 de julio de 2012⁶³⁵: *"la Sala no desconoce la nueva redacción del art. 51 del ET y el deseo del legislador de eliminar los elementos de incertidumbre y que los tribunales emitamos juicios de oportunidad en relación con la gestión de las empresas. El legislador quiere que el control judicial quede limitado a la valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas porque, en suma, se trata de un despido objetivo, debiendo ser posible valorar las causas y los hechos de forma objetiva. Lo que es objetivo es objetivo y es sencillo de demostrar y no precisa subjetivismo judicial pero tampoco empresarial."*

Descartada la realización de un juicio de oportunidad por parte de la autoridad judicial y de acuerdo con la literalidad del precepto regulador del elemento causal en sus sucesivas reformas, la cuestión estriba en determinar los márgenes de la actuación judicial en el control causal que la regulación del 2012 le atribuye en régimen de exclusividad. Debe partirse para ello de una importante novedad introducida por la reforma de 2012 con respecto a la regulación anterior, que eliminó, a diferencia de lo acontecido en el supuesto modificativo regulado en el art. 41 del ET, la presunción de concurrencia causal en el caso de acuerdo entre las partes sociales, hecho de indudable

⁶³⁴ A favor de su admisión NAVARRO NIETO, F. 222 y ss; GÁMEZ OREA, M. (1996, 198).

⁶³⁵ AS 2012/1775.

relevancia a los efectos de analizar las posibilidades de enjuiciamiento causal a realizar por la autoridad judicial.

El actual enjuiciamiento causal que de forma inductiva llevará a cabo el juzgador deberá conllevar un doble análisis; o, dicho de otra forma, deberá proyectarse en torno a una actividad de acreditación de la situación económica negativa o, en su caso, del presupuesto causal que justifica el acogimiento de dicha modalidad extintiva. No existen, de acuerdo a la actual regulación estatutaria y según autorizadas voces, la segunda de las actividades que de ordinario se venían requiriendo para completar el análisis causal, es decir, la actividad de justificación⁶³⁶, que obligaba no sólo a constatar una determinada realidad objetiva sino a justificar su pertinencia o razonabilidad a los efectos de superar o prevenir la misma.

Ahora bien, la falta o inexistencia de referencia alguna en el plano sustantivo a la proporcionalidad de la medida o la razonabilidad en términos de gestión empresarial o de conexión funcional en términos estrictos, no resulta óbice para que el control judicial se vea sujeto a los parámetros propios de enjuiciamiento de toda medida extintiva empresarial. Aunque de una forma un tanto improcedente para lo que debe ser la finalidad de la exposición de motivos de una norma, ésta (3/2012) dice textualmente que, *"ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos cuanto para los despidos por causas objetivas ex artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores"*. Sin embargo, se ha indicado que la opción del legislador *"choca frontalmente con mandatos constitucionales e internacionales prevalentes"*, citándose a tales efectos la imposibilidad de despido *ad nutum* como mandato constitucional así como el Convenio nº 158 de la OIT. Por ello y a modo de conclusión

⁶³⁶ HERNÁNDEZ VITORIA, M^a, J. (2011,155).

silogística se concluye en torno a la necesaria ponderación de la medida extintiva en clave de proporcionalidad⁶³⁷ y razonabilidad⁶³⁸.

En mi opinión, la conclusión debe ser la misma que la anteriormente expuesta, pero por otros razonamientos distintos a los apuntados de tipo constitucional e internacional. En efecto, la clave del enjuiciamiento actual debe partir de la reformulación efectuada al respecto por el legislador que pese a ello, y dada la necesaria actividad valorativa ínsita a toda revisión judicial, deben enmarcarse en términos de razonabilidad con la medida adoptada. O, por decirlo con otras palabras, ha de mantenerse la pertinencia de que el órgano judicial mantenga al menos un control de razonabilidad puesto que la valoración judicial no puede ser un mero control de hechos. Dicho de otra forma, debe existir, al margen de la ponderación de elementos formales, una valoración en torno a la corrección material del acto extintivo al menos desde una perspectiva de proporcionalidad⁶³⁹ y sustancialidad de la medida adoptada⁶⁴⁰.

5.2.2.2. El incumplimiento de lo previsto en el art. 51 en sus apartados 2 y 7.

El segundo grupo de causas impugnatorias que pueden dar lugar a la nulidad de las decisiones extintivas empresariales vienen dadas por la vulneración de los aspectos formales que los indicados preceptos obligan a seguir en la tramitación del despido colectivo y, singularmente, en el desarrollo y conclusión del periodo de consultas. De esta forma se han manifestado

⁶³⁷ STSJ de la Comunidad de Madrid 9 de abril de 2013 (AS 2013/278).

⁶³⁸ AGUSTÍ MARAGALL, J. /SERNA CALVO, M. (2012, 185).

⁶³⁹ No es esta desde luego la posición seguida por la STS 20 de septiembre de 2013 (RCUD 11/2013) en la que expresamente indica que: "no corresponde en el derecho vigente a los órganos jurisdiccionales, al valorar las causas de los despidos económicos, efectuar un juicio de proporcionalidad en sentido técnico-jurídico de la expresión, el cual presupone una valoración del carácter indispensable de la decisión adoptada, sino un juicio de adecuación más limitado, que comprueba la existencia de la causa o causas alegadas, su pertenencia al tipo legal descrito en el artículo 51 y, la idoneidad de la misma en términos de gestión empresarial (...)"

⁶⁴⁰ FALGUERA BARÓ M.A. (2013,59).

diversos pronunciamientos judiciales, que han elevado la nulidad a la consecuencia propia del no acogimiento de las previsiones legalmente establecidas, ya sea la no entrega de la documentación legalmente requerida (STSJ de la Comunidad de Madrid de 22 de junio de 2012⁶⁴¹); el no señalamiento del día final para la realización de los despidos o la no indicación de los criterios de afectación (STSJ de la Comunidad de Madrid 25 de junio de 2012⁶⁴²) o, en definitiva, la no comunicación de la clasificación de los trabajadores afectados (STSJ de Catalunya de 23 de mayo de 2012⁶⁴³). Ciertamente es en este punto, que el RDL 11/2013 suprime el párrafo cuarto del art. 51.2. lo que evidentemente conlleva una delimitación de aquella falta de documentación que conllevaría la nulidad del despido colectivo, ciñéndose de forma expresa dicha nulidad a la documentación legalmente instituida en el art. 51.2 del ET y no de aquella necesaria para acreditar las causas, lo que indudablemente introducía cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de la nulidad del despido. De esta forma se adopta un criterio antiformalista en el análisis judicial de la documentación necesaria, siendo ésta *"la información suficiente para poder negociar con cabal conocimiento de la situación de la empresa y de las causas que alega para proceder al despido colectivo,"*⁶⁴⁴ de acuerdo a lo manifestado por la STS de 21 de mayo de 2014. Y la prueba del criterio eminentemente finalista que se sigue en este punto viene dada por la imposible invocación como causa de nulidad, de aquella documentación sobre cuya ausencia no se puso reparo alguno durante el periodo de consultas⁶⁴⁵.

Esta declaración de nulidad no sólo es la consecuencia lógica del incumplimiento de las formalidades remarcadas por la Ley y el reglamento de desarrollo, sino por el no acogimiento del propio procedimiento de las extinciones colectivas en aquellos casos en que la superación de los umbrales

⁶⁴¹ AS 2012/1936.

⁶⁴² AS 2012/1773.

⁶⁴³ AS 2012/1049.

⁶⁴⁴ Rec. 182/2013

⁶⁴⁵ SAN 29 de Julio de 2014 (Jur 2014/206014).

cuantitativos así lo requiera. En este sentido se manifiesta la SAN de 27 de julio de 2012⁶⁴⁶.

Por otro lado, debe indicarse que las sentencias que se hubieran de dictar en el procedimiento de impugnación colectiva vienen informadas potencialmente por un triple contenido. En efecto, ajustada a derecho, no ajustada a derecho y nula cierran el margen de posibilidades que puede ostentar el pronunciamiento judicial. Dos son las consideraciones de relevancia que se abren a tenor de los posibles pronunciamientos existentes.

La primera de las consideraciones viene dada por el efecto de cosa juzgada que el pronunciamiento colectivo despliega sobre los procedimientos individuales que necesariamente se han de encontrar en suspenso durante la tramitación del procedimiento colectivo. Se alude en estos casos a la existencia de un característico efecto positivo de cosa juzgada o, dicho de otra forma, *"de una prejudicialidad que muy bien podría calificarse de prejudicialidad normativa"*⁶⁴⁷.

En segundo lugar, debe igualmente destacarse que las sentencias dictadas en materia de conflicto colectivo habían sido caracterizadas como sentencias con un contenido normativo o cuasi normativo, lo que en esencia venía a indicar que despliega su eficacia *"a todos los colectivos que han actuado en el pleito y tendencialmente a todos los incluidos en el ámbito de aplicación"*⁶⁴⁸. Ello provocaba en la materia examinada alguna disonancia que la Ley 3/2012 ha intentado aclarar y singularmente en cuanto a su naturaleza puramente declarativa del pronunciamiento judicial.⁶⁴⁹ En este sentido, la LRJS en su art. 124.11 se encarga de enfatizar que la sentencia que establezca la nulidad, en consonancia con su contenido declarativo, deberá establecer *"el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de*

⁶⁴⁶ AS 2012/1784.

⁶⁴⁷ ALONSO OLEA, M. MIÑAMBRES PUIG, C. ALONSO GARCÍA, R. M^a. (2004, 291).

⁶⁴⁸ ALONSO OLEA, M./ MIÑAMBRES PUIG, C./ ALONSO GARCÍA, R. M^a. (2004, 290).

⁶⁴⁹ MOLERO MARAÑÓN M. L^a. (2012, 354).

trabajo de conformidad con lo previsto en los apartados 2 y 3 del art. 123 de esta ley,” por lo que ante un supuesto incumplimiento empresarial de reincorporación el trabajador deberá instar su ejecución.

Ahora bien, el debate en torno la ejecutividad de dichas sentencias y el proceder en caso de anulación del despido no fue algo pacífico, al menos con anterioridad a la aprobación del RDL 11/2013 y pese a que a mí juicio, la naturaleza ejecutiva forma parte del ejercicio de la función jurisdiccional que corresponde al órgano que hubiera dictado la resolución, en recta aplicación de lo dispuesto en el art. 545 de la LEC.

En un primer momento de este *iter* evolutivo, caracterizado por la existencia de una resolución administrativa dictada por la autoridad laboral, la declaración de nulidad de la resolución administrativa conllevaba una primera conclusión: el necesario restablecimiento del vínculo contractual que había sido previamente extinguido (o cuya extinción ha sido autorizada por la propia Administración). Consecuentemente, ello provocaba la necesaria reincorporación de los trabajadores afectados. Así se manifestaba la STS de 21 de diciembre de 2001 al señalar que: *"(...) la nulidad de la autorización debe comportar automáticamente, el restablecimiento de la relación contractual indebidamente extinguida, con la lógica consecuencia de considerar el contrato de trabajo como si en ningún momento se hubiera extinguido (...)"*.

En el plano detalle, dicha afirmación exigía una doble precisión.

La primera transitaba por el territorio de lo competencial o, dicho de forma más precisa, del orden competente para determinar y concretar el restablecimiento de la relación laboral extinguida. Obviamente, dos eran las posibilidades existentes: o bien entender que era al propio órgano de lo contencioso administrativo, en sede de ejecución, al que le correspondía decidir sobre el hecho examinado, o bien considerar que era el orden social

el competente para determinar todas aquellas consecuencias que conllevaría una declaración de nulidad del acto administrativo, al encontrarnos en el ámbito de las vicisitudes propias del contrato de trabajo.

La mencionada controversia no posibilitaba, sin duda, una solución unívoca. Todo lo contrario, sólidos y fundados argumentos amparaban ambos posicionamientos.

A favor de la atribución al orden contencioso administrativo militaba la propia dicción legal del artículo 71 de la LRJ-PAC, que contempla la consecuencia que necesariamente ha de conllevar toda anulación de un acto administrativo; esto es, el necesario reconocimiento y reestablecimiento de la situación jurídica individualizada, con la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restauración de la misma. Se trataba, sin duda, de una posición minoritaria pero recogida en alguna sentencia del orden contencioso,⁶⁵⁰ y que un sector de nuestra doctrina no entendía como descabellada, *"porque si la ejecución provisional de una sentencia anulatoria del acto administrativo aprobatorio de despidos colectivos pertenece al orden contencioso, no parece que exista razón para limitarle la ejecución definitiva de la misma"*.⁶⁵¹

La segunda de las posibilidades sería atribuir al orden social la mencionada competencia. Para ello se partía de dos razonamientos.

Por una parte, la jurisdicción de lo contencioso administrativo solamente debía pronunciarse sobre la conformidad o no a derecho de la autorización administrativa, pero no sobre las consecuencias derivadas de la misma, y por otra, (segundo razonamiento), la nulidad de la mencionada autorización llevaría consigo una obligación de readmisión por parte del empresario cuyo incumplimiento equivaldrá a un despido, cuestión ésta a resolver por el orden

⁶⁵⁰ STSJ de la Comunidad Valenciana 14 de noviembre de 2002 (Rec. nº 3760/97).

⁶⁵¹ BLASCO PELLICER, A. (2006,175).

social de la jurisdicción. Es decir, la jurisdicción contencioso administrativa debe ceñirse a declarar la nulidad de la resolución y por ello, *"cualquier cuestión que dicha nulidad proyecte sobre las relaciones laborales individuales excede de su competencia"*⁶⁵².

Esta opción contaba, a mi juicio, con un argumento que debía considerarse definitivo a los efectos analizados. Efectivamente, si se partía de la premisa de que la autorización administrativa no extinguía *per se* el vínculo contractual que unía a las partes, siendo necesario un posterior acto empresarial de naturaleza ejecutiva que concretara la posibilidad extintiva que se le había abierto al empresario, parece evidente que un ulterior acto empresarial debe escapar por su propia naturaleza, y la de los sujetos intervinientes, del control del orden contencioso de la jurisdicción. En este mismo sentido la STS de 26 de abril de 2002⁶⁵³, disponía que: *"en caso de que la resolución administrativa sea estimatoria de la solicitud empresarial de extinción de los contratos, el efecto principal es que se concede al empresario una habilitación para despedir a los trabajadores, se trata, por tanto, de la remoción del obstáculo legal al que estaba sujeto el empresario en el ejercicio de su poder organizativo y no de una imposición por parte de la Administración, con la consecuencia trascendental de que ni la autorización administrativa extingue por si misma los contratos ni el empresario al que se autoriza la extinción de los contratos está obligado a llevarla a cabo"*. Y ello, sin desmerecer el argumento funcional,⁶⁵⁴ que incidía en torno a la gran cantidad de cuestiones que, relacionadas con el tema principal, venían resolviendo en la práctica los órganos de dicho orden y que, en ningún caso son ni pueden ser, objeto de conocimiento por el orden contencioso de la jurisdicción.

⁶⁵² BLASCO PELLICER, A. (2006,175).

⁶⁵³ RJ 2002/6504.

⁶⁵⁴ BLASCO PELLICER A. (2007,177)

Finalmente, y en el contexto analizado, no parece improcedente referirse a la triple posibilidad que en su accionar contaba el trabajador.

- El ejercicio de una acción meramente declarativa con una petición adicional de daños y perjuicios por los salarios que se habían dejado de percibir. (Con una operatividad similar a la acción de reingreso tras la negativa de reincidencia en casos de excedencia voluntaria).
- El planteamiento, ante la negativa empresarial a la readmisión, de una acción de despido por los trámites que a tal efecto referían los arts.103 y ss. de la LPL.
- Por último, aplicar de forma analógica lo disciplinado por el art 124 de la LPL, para el caso de los despidos que no han contado con la necesaria autorización.

En este concreto punto los pronunciamientos judiciales habían acogido mayoritariamente la segunda de las opciones, es decir, la necesidad de que el trabajador en el plazo de caducidad propio del despido, interpusiera demanda contra el empresario al objeto de lograr el propósito de la reincorporación. Así la STSJ de Catalunya de 2 de septiembre de 2004⁶⁵⁵, sentenciaría de la siguiente forma: *"Será la negativa de la empresa a readmitir al trabajador lo que merezca la calificación de despido, pues es el acto empresarial de negar la pervivencia de la relación laboral lo que debe ser considerada como tal despido"*.

En un segundo momento, aquel definido por la supresión de la autorización administrativa y la atribución del enjuiciamiento causal y formal al orden social de la jurisdicción o, dicho de otra forma, el periodo de tiempo que transcurre hasta la aprobación de la Ley 3/2012 6 de julio, nos

⁶⁵⁵ AS 2004/2796.

encontrábamos ante un panorama “desolador” dada la ausencia de mención a la ejecución específica de las resoluciones judiciales dictadas en esta materia⁶⁵⁶, incluso con posterioridad a la aprobación de la Ley 3/2012 se siguió manteniendo las dudas en torno a la ejecutividad de los mencionados pronunciamientos.

Finalmente, la aprobación del RDL 11/2013 supuso la necesaria clarificación de la temática analizada, al remitir expresamente los pronunciamientos dictados en materia de impugnación de despidos colectivos al cauce ejecutivo configurado en torno al art. 247 de la LRJS, con la necesaria individualización durante la tramitación incidental de los datos personales de los trabajadores afectados.

La posibilidad ejecutiva a la que acabamos de referirnos admite igualmente su tramitación provisional de acuerdo al sustento genérico propiciado por los artículos 304.1 y 305 de la LRJS y 525 de la LEC, en la medida en que el propio artículo 305 de la LRJS *“contempla como norma general la ejecutividad provisional de toda sentencia con pronunciamiento de condena”* como resulta ser en la actualidad la dictada en esta materia.

5.2.3. El procedimiento ordinario. La impugnación individual.

Otra de las vías de impugnación expresamente consignadas en el art. 124.13 de la LJS viene dada por la impugnación individual con una remisión expresa a los arts. 120 y 123 de la LJS. Se trata de un cauce hábil para tramitar diferentes pretensiones que se puedan suscitar, esto es, no sólo aquellas que estuvieran íntimamente relacionadas con el control eminentemente causal sino aquellas otras en las que se impugnara la correcta formación de la decisión empresarial o, por el contrario, las que tuvieran relación con las

⁶⁵⁶ GONZALET CALVET J/SERNA CALVO M. (2014, 147).

especificidades de la comunicación individual, falta de preaviso o puesta a disposición de la indemnización⁶⁵⁷.

La regulación de dicha posibilidad impugnatoria viene reforzada por una triple previsión; (i) la necesidad de demandar a los trabajadores interesados en aquellos casos en los que se debata en torno a la prioridad de permanencia, (ii) la previsión de que la sentencia colectiva tenga efectos de cosa juzgada sobre el control causal que se pretenda a través de las impugnaciones individuales y (iii) la nulidad como contenido concreto de la sentencia en aquellos casos en que se haya producido el incumplimiento de las formalidades previstas en el art. 51 apartado 2 y 7.

Debe tenerse en cuenta que en el procedimiento individual de impugnación, y pese a lo que pudiera parecer en un primer momento, pueden sustanciarse aquellas cuestiones no sólo relacionadas con la afectación del trabajador individual sino con aquellas cuestiones colectivas que no hayan sido objeto de impugnación y discusión en el procedimiento colectivo y respecto a las cuales el efecto de cosa juzgada propio de la sentencia colectiva no pueda extenderse⁶⁵⁸.

Sin duda una de las cuestiones relevantes a la hora de examinar la acción individual impugnatoria viene dada por el cómputo de la caducidad para la interposición de la misma y la inseguridad con la que cuenta el trabajador para el cómputo de dicho plazo, dada la sujeción de la misma a dos fechas de referencia caracterizadas por la previa interposición de una impugnación colectiva. De haberse producido, el plazo de caducidad comenzaría una vez transcurrido el plazo para la interposición de la demanda colectiva, mientras que si dicha impugnación colectiva se hubiera llevado a cabo, la caducidad no comenzaría a contar hasta la firmeza del procedimiento colectivo instado.

⁶⁵⁷ ALFONSO MELLADO, C. L. (2012, 276).

⁶⁵⁸ En este mismo sentido, BALLESTER LAGUNA, F. (2013.201).

5.2.4. La posible impugnación de oficio por la autoridad laboral.

Una última vía impugnatoria expresamente consignada viene determinada por el procedimiento de oficio expresamente previsto tanto en el art. 51.6 ET como en el art. 148.b de la Ley procesal. Por lo que respecta a este procedimiento, la mencionada remisión del acuerdo a la autoridad judicial podía producirse, tal y como se acaba de referir, de oficio, pero también a instancia de parte, pudiendo plantearse incluso por vía de recurso contra la resolución que pudiera mostrar indiciariamente alguna de las tachas que permite la utilización de dicha modalidad procesal.

Dentro de la apreciación y posterior remisión a instancia de parte, tienen cabida las intervenciones individuales por parte de los trabajadores que cuenten con las necesarias pruebas indiciarias al respecto⁶⁵⁹. Es posible, por tanto, la impugnación por los trabajadores interesados en aquellos casos en que no haya habido una previa remisión del mencionado acuerdo por la autoridad laboral, aunque dicha impugnación deberá producirse una vez comunicada la decisión a la autoridad administrativa.

La mencionada remisión y posterior tramitación por la vía de los arts. 148.b) y ss de la LJS poseen las características comunes que singularizan al procedimiento de oficio.

Nos encontramos ante una comunicación remitida por la autoridad laboral a la que habrá de acompañarse copia del expediente, así como las sucesivas actas que han informado el procedimiento.

⁶⁵⁹ BLASCO PELLICER, A. (2007, 167).

Este procedimiento goza de particularidades tales como la presunción de veracidad "*iuris tantum*" de los hechos consignados en la misma, el decidido protagonismo de la Administración, que asumirá la condición de "sustituto procesal *sui generis*⁶⁶⁰", en defensa de intereses de otros⁶⁶¹, o la ejecución de oficio por parte de la autoridad judicial de las sentencias dictadas.

El papel relevante de la Administración como garante del interés público exige detenerse en el análisis de la posición procesal que a los efectos indicados ocuparía la propia Administración o, por enunciar la cuestión en forma interrogativa, ¿es la Administración parte procesal en este concreto procedimiento?

La doctrina en este punto se ha dividido entre los que consideran que la Administración no tiene en el supuesto analizado la condición de parte, fundando dicha consideración no sólo en la propia literalidad de la norma adjetiva sino por razones sustantivas. Así lo dijo el voto particular de la STS de 5 de mayo de 1994⁶⁶² "*es dudoso que pueda sostenerse que la Administración disponga no ya de un interés directo propio de la legitimación atribuible al titular del derecho, sino tampoco del interés legítimo que corresponde a la parte a la que se le reconoce un específico y cualificado interés para que actúe en el proceso como tal parte*".

El voto mayoritario de la referida sentencia considera necesario, no obstante, diferenciar los diversos supuestos que pudieran dar lugar a una iniciación de oficio, atribuyendo en el supuesto analizado a la Administración la condición de parte. Así, "*puede objetarse que formalmente se trata de un proceso de oficio, en el que quien inicia la acción no tiene la condición de parte, pero esta*

⁶⁶⁰ ALONSO OLEA, M. MIÑAMBRES PUIG, C. ALONSO GARCÍA R.Mª. (2004, 298).

⁶⁶¹ De acuerdo a otro sector doctrinal sin embargo la Administración no ostenta ni la condición de sustituto procesal, ni la representación de los trabajadores afectados. Así MONEREO PÉREZ, J.L. FERNÁNDEZ AVILÉS J.A. (1997, 277).

⁶⁶² RJ 1994/3996.

calificación que es propia de los supuestos de los apartados a) y b) del art. 145”.

Por otro lado, la mayoría de la doctrina ha otorgado a la autoridad laboral la condición de parte⁶⁶³. En efecto, a mi juicio, son varios los argumentos que avalarían dicha conclusión.

El primero, aunque no definitivo, afecta a la presencia de un interés público subyacente, que aparece particularizado en las prestaciones de desempleo a las que normalmente tendrían derecho los trabajadores afectados.⁶⁶⁴

El segundo de los argumentos alude a la imposibilidad de establecer un procedimiento dual y, por lo tanto, respetuoso con el principio de contradicción, en los casos en que se impugne el acuerdo por haber observado el intento de obtener indebidamente prestaciones. Efectivamente, en este supuesto existe práctica unanimidad doctrinal en considerar que la Administración tendrá la consideración de parte, pues de lo contrario quedarían sin contenido y virtualidad aplicativa alguna el impulso de parte, necesario para acreditar los hechos consignados en la comunicación. No sería lógico desde esta perspectiva, que la posición de la Administración en el procedimiento dependiera de la concreta causa impugnativa que fundamente la comunicación de la autoridad laboral.

Al margen de lo reseñado, existen pronunciamientos judiciales, como el ejemplificado por la STSJ del País Vasco de 12 de septiembre de 1994,⁶⁶⁵ que niegan a la Administración la consideración de parte y ello bajo el amparo de la argumentación que se transcribe: *"(...) por el cauce procesal establecido en los arts. 145 y ss. LPL, lo que en modo alguno confiere a la Administración la condición de parte interesada, aun a pesar de su derecho a intervenir en*

⁶⁶³ Entre otros ORCARAY REVIRIEGO J.J. (2009, 33).

⁶⁶⁴ BLASCO PELLICER, A. (2007, 167).

⁶⁶⁵ AS 1994/3561.

defensa de su demanda de oficio y a ser notificada del fallo, pero nunca podrá ser condenada como parte demandada dada su condición y situación procesal activa de oficio". Y transcribimos dicho pronunciamiento porque contempla, aunque sin demasiada claridad, las distintas posturas o posicionamientos que configuran la posición final de la Administración, ya que resulta ciertamente difícil de cohonestar la posibilidad de defender la demanda, la naturaleza de destinataria del fallo que hubiera de dictarse y, por otro lado, la negación de la consideración de parte interesada.

En lo referente a las causas de impugnación, debe diferenciarse entre aquella tipología que viene determinada por el dolo, violencia, coacción o abuso de derecho, de aquella otra relacionada con la posible obtención de prestaciones de desempleo.

En relación con el primer grupo de causas, los Tribunales⁶⁶⁶ han venido definiendo el dolo como aquella conducta voluntaria e intencionada de una de las partes, que provoca, con maquinaciones insidiosas, que la otra parte suscriba un acuerdo que, de no haber mediado aquella conducta antijurídica, no se hubiera producido; la intimidación, como aquella coacción o fuerza moral que sea capaz de influir en el ánimo induciendo a omitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses; el abuso de derecho como el uso de derecho legal, daño a un interés no protegido junto con la inmoralidad y antisocialidad del daño y, finalmente, el fraude de Ley, que vendría determinado por la realización de uno o varios actos productores de un resultado contrario a una Ley, que aparece amparado por otra Ley dictada con una finalidad diferente.

La segunda tipología de causas originadoras de la impugnación y posterior tramitación de oficio viene referida a la obtención indebida de las prestaciones de desempleo, lo que podría considerarse como un supuesto específico de

⁶⁶⁶ STS de 15 de julio de 1994 o STSJ de la Rioja de 24 de abril de 1992.

fraude de ley⁶⁶⁷. Dicha causa se configura, en definitiva, como la necesaria corrección de la posibilidad contemplada al amparo del RD 696/1980, que concedía a la Administración la facultad de decidir sobre la continuación del expediente en aquellos casos en los que existían dudas sobre la procedencia o improcedencia de las prestaciones de desempleo⁶⁶⁸.

Mención aparte merece la posibilidad, convalidada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶⁶⁹, de remitir el acuerdo ante la autoridad competente para que proceda a su remisión de oficio ante la jurisdicción social, en el caso de que se estime en sede judicial la indebida ausencia de tal remisión.

⁶⁶⁷ RIVERO LAMAS, J. DEL VAL TENA, A. (1997, 615).

⁶⁶⁸ Así lo ha observado NAVARRO NIETO, F. (1996, 192).

⁶⁶⁹ SSTs (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 22 de septiembre de 1999 (RJ 1999/7353) o de 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000/10063).

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La intervención de la Administración en los procedimientos extintivos basados en causas empresariales es una constante histórica en nuestro ordenamiento jurídico. La presencia administrativa durante la tramitación y finalización del procedimiento extintivo de naturaleza colectiva ha venido informado las distintas regulaciones habidas sobre la presente materia y ello con independencia del contexto histórico político en el que la misma se ha ido enmarcando. Dicho con otras palabras, lejos de ser un protagonismo puntual que respondiera a una determinada concepción del Estado, la intervención administrativa ha singularizado el panorama de las relaciones laborales y, en concreto, el ejercicio de los poderes empresariales en aquellos casos en los que la decisión extintiva se fundamenta en una situación de crisis empresarial.

SEGUNDA.- El protagonismo administrativo ha conocido distintos niveles de intensidad siendo la naturaleza puramente autorizadora la que ha predominado en su devenir histórico. La intervención de la Administración como autorización lejos de ser una mera referencia semántica sin contenido permitía apreciar el verdadero sentido de tal intervención y las diversas posibilidades de la Administración a la hora de enfrentarse a la solicitud empresarial. No estábamos (ni estamos) ante un mero conflicto interprivatos sino ante una cuestión con indudable trascendencia pública en el cual la intervención de la Administración se hace necesaria para la fiscalización de la medida empresarial.

TERCERA.- La eliminación del intervencionismo administrativo en clave autorizadora en los despidos fundamentados en una situación de crisis empresarial por parte del Real Decreto 3/2012 supuso una quiebra de nuestra tradición histórica. Dicha supresión respondió a una opción de política legislativa que ha reconfigurado por completo la noción de despido colectivo en su doble vertiente: causal y procedimental. Desde el punto de vista de la

causalidad la última de las reformas profundiza en el sentido flexibilizador de la base causal iniciada en la reforma de 2010. Al amparo de un criterio de seguridad jurídica la actual regulación elimina la conexión de funcionalidad como elemento que debería guiar la función judicial de análisis de la causalidad de la medida extintiva empresarial, si bien y al margen de las diferentes opciones judiciales deben existir determinados parámetros de proporcionalidad de la medida y de antijuridicidad del comportamiento empresarial que necesariamente deben concurrir en el examen causal y valorativo de la medida empresarial. Por otro lado y, desde una vertiente procedimental, la desaparición del protagonismo autorizador por parte de la Administración debilita el sentido y finalidad del propio periodo de consultas, al vaciar de contenido el carácter legitimador a la vez que fiscalizador de dicho periodo.

CUARTA.- La desaparición de la autorización administrativa en la tramitación del procedimiento administrativo común y su mera persistencia en forma de constatación en los procedimientos extintivos derivados de la fuerza mayor, no sólo determina una nueva configuración de la presencia administrativa en los procedimientos colectivos de extinción sino que dota de nuevo contenido a la valoración del elemento causal de necesaria presencia en dichas extinciones. Asimismo, supone dar un nuevo contenido al papel de las partes sociales durante el periodo de consultas; es decir, la mencionada desaparición no debe analizarse en abstracto sino conjuntamente con el elemento causal y procedimental que singulariza dichas extinciones. La devaluación del procedimiento de consultas y la pérdida de protagonismo del control causal por parte de los sujetos colectivos intervinientes conlleva necesariamente la asunción del papel fiscalizador por parte de los jueces y tribunales laborales que deberán llevar a cabo un examen en clave de juridicidad y proporcionalidad de la medida adoptada.

QUINTA.- El análisis de forma y fondo por parte de los órganos judiciales del procedimiento tramitado se instituye en el principal control existente.

Desaparecido el control causal que ha venido ejerciendo la Administración actuante así como el control preventivo desplegado por la representación de los trabajadores, control en cierta medida distorsionado por haberse encaminado a la simple elevación del *quantum* indemnizatorio, a los jueces laborales corresponde principalmente la comprobación de los requisitos formales y causales que toda extinción colectiva exige. No debe ponderarse la intervención judicial en clave de mera verificación de los elementos fácticos exigidos por la norma, sino que ésta debe venir informada por la apreciación en torno a la concurrencia de aquellos elementos que acaban configurando la propia función judicial.

SEXTA.- La vía impugnatoria ante juzgado y tribunales discurre por una triple vía. La puramente colectiva con una notable amplitud de la legitimación activa, en la que junto a la presencia de los representantes de los trabajadores (comité intercentros, comisiones *ad hoc*) se encuentra la propia empresa a través del ejercicio de la denominada acción de jactancia; la acción individual, cuya papel subordinado desde el punto de vista temporal a la acción colectiva exigiría una mayor concreción y seguridad en la superposición de los plazos de caducidad; y una acción de oficio por parte de la autoridad laboral que exigiría reconfigurar su alcance y finalidad dado el cambio de papel y protagonismo de la autoridad laboral en el mencionado procedimiento.

SÉPTIMA.- La actual regulación del procedimiento extintivo plantea algunas dudas en relación al respeto debido a la Directiva Comunitaria. En primer lugar por el papel diluido de la autoridad laboral cuyo protagonismo dista mucho de las funciones de mediación y búsqueda activa de acuerdos que refleja la Directiva y la jurisprudencia comunitaria. En segundo lugar y, por lo que se refiere a la documentación de necesaria presentación a la autoridad laboral, el requisito de la domiciliación en España de la empresa matriz a la hora de aportar las cuentas consolidadas imposibilita el conocimiento a la representación de los trabajadores de la información necesaria e

imprescindible para ponderar adecuadamente la realidad causal alegada. Dicha previsión se evidencia de dudosa compatibilidad con la Directiva comunitaria y con la interpretación efectuada a tales efectos por los Tribunales Comunitarios.

OCTAVA.- La introducción de la DA 20ª por parte del Real Decreto 3/2012 dota de sustantividad normativa específica a la regulación de empleo en el de las Administraciones Públicas convirtiendo a la causa económica, técnica y organizativa en causas hábiles para proceder a la extinción de los contratos de trabajo. La configuración de la causa económica exige ponderar su presencia en términos de imprevisibilidad y no de gravedad o pérdida de rentabilidad dada la distinta finalidad que debe proyectar la actuación de las administraciones públicas. Desde un punto de vista subjetivo, la distinta procedimentalización del cauce extintivo viene determinada por la distinción entre los órganos y entidades definidos en el artículo 3.2 de la LCSP y el resto de órganos y entidades de naturaleza pública ex artículo 3.1 de la mencionada ley administrativa. Diferenciación que provoca un deslinde procedimental difícilmente comprensible dado la pertenencia de las administraciones y órganos enumerados al sector público y la dependencia económica y presupuestaria de los mismos, lo que exigiría, a mi juicio, el establecimiento de un criterio material que permitiera deslindar ambas tipologías de entes a los efectos de seguir uno de los procedimientos establecidos.

BIBLIOGRAFÍA

- .- Agustí Maragall, J. (1999). "Un viejo problema prorrogado: el orden jurisdiccional competente para conocer de las reclamaciones individuales contra la afectación por un despido colectivo", *Actualidad Laboral Tomo I*.
- .- Agustí Maragall, J. Serna Calvo, M. (2012). "La impugnación judicial de los despidos colectivos en el Real Decreto 3/2012", *Aranzadi Social 1/2012, BIB 2012/535*.
- .- Albiol Montesinos, I. (1991). "Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos: práctica judicial", *Actualidad Laboral Tomo I*.
- .- Alemán Páez, F. (2002). "El despido por causas objetivas. Novedades normativas y jurisprudenciales", *Relaciones Laborales Tomo I*.
- .- Alfonso Mellado, C.L. (2010). "Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna", en AAVV., *La reforma laboral en la ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- .- Alfonso Mellado, C.L. (2012). "Reforma laboral y Ley Reguladora de la Jurisdicción Social", *Revista de Derecho Social nº 57*.
- .- Alonso Bravo, M. (2011). "El despido colectivo: procedimiento", en AAVV., *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Madrid, Reus.
- .- Alonso Olea, A. (1957). *El despido. Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.

- .- Alonso Olea, A. (1969). "Perspectivas de la regulación del despido", en AAVV., *Dieciséis lecciones sobre causas de despido*, Madrid, Universidad de Madrid, Sección de Derecho.

- .- Alonso Olea, A. Miñambres Puig, C. Alonso García, R.Mª. (2004). *Derecho Procesal del Trabajo*, 13ª edición, Madrid, Thompson Civitas.

- .- Alonso Olea, A. (2000). *Pactos colectivos y contratos de grupo*, Granada, Comares.

- .- Altés Tarrega, J.A. (2009). "El despido objetivo individual: el ámbito de aplicación del artículo 52.c del ET y su delimitación causal", *Relaciones Laborales* nº 22.

- .- Aparicio Tovar, J. (2012). "Las causas del despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa", *Revista de Derecho Social* núm 57.

- .- Areta Martínez, M. (2004). "El despido por fuerza mayor", en AAVV., *El despido. Aspectos sustantivos y procesales*, Pamplona, Aranzadi.

- Barrionuevo Peña, J. (1970). "Fuerza mayor y expediente de crisis", en AAVV., *Dieciséis lecciones sobre causas de despido*, Madrid, Universidad de Madrid. Sección de Derecho.

- .- Baylos Grau, A. Cruz Villalón, J. Fernández López. M.F. (1995). *Instituciones de derecho procesal*, Madrid, Trotta.

- .- Bayón Chacón, G. (1961). *La crisis de la sociedad capitalista y el intervencionismo estatal*, Madrid, Editorial Nacional.

- .- Bayón Chacón, G. (1961). "El despido, concepto y clases, significación jurídica y social", en AAVV., *Dieciséis lecciones sobre causas de despido*, Madrid, Universidad de Madrid, Sección de Derecho.

.- Bayón Chacón, G. (1970). "La protección del interés social en los supuestos de fuerza mayor, crisis laborales y reconversión de empresas", en AAVV., *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y empleo*, Madrid, Universidad de Madrid, Sección de publicaciones e intercambio.

.- Bayón Chacón, G. Pérez Botija, E. (1967). *Manual de Derecho de Trabajo*, 7ª ed., Madrid, Marcial Pons Volumen I.

.- Bayón Chacón, G. (1977). "Problemas de carácter general en la nueva ley de relaciones laborales" en AAVV., *Diecisiete lecciones sobre la ley de relaciones laborales*, Madrid, Seminario de Derecho de Trabajo Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, Sección de publicaciones e intercambio.

.- Becarud, J. (1967). *La segunda república española*, Madrid, Taurus Ediciones.

.- Benítez de Lugo y Reymundo, L. (1945). *La extinción del contrato de trabajo. Disolución de la relación laboral*, Madrid, Instituto Editorial Reus.

.- Ballester Laguna, F. (2013). "El despido en colectivo en el Real Decreto - Ley 11/2013 de 2 de agosto", *Relaciones Laborales nº 11*.

.- Blasco Pellicer, A. (2006). "Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso administrativo en materia de despidos económicos: los despidos colectivos un damero maldito", en AAVV., *Crisis de empresa y Derecho de trabajo. Cuadernos de derecho judicial*.

.- Blasco Pellicer, A. (2007). *Los procedimientos de regulación de empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- .- Blasco Pellicer, A. (2010). "La reforma de la extinción del contrato de trabajo", en AAVV., *La reforma laboral de la ley 35/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- .- Blasco Segura, B. (1992). "La extinción del contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas: el expediente de regulación de empleo", *Actualidad Laboral*, Tomo III.

- .- Borrajo Dacruz, E. (2007). *Introducción al derecho del trabajo*, 16ª ed., Madrid, Tecnos.

- .- Brenan, G. (2008). *El laberinto español: antecedentes sociales y políticos de la guerra civil*, Barcelona, Backlist.

- .- Cabeza Pereiro, J. (2012). "La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos", en AAVV., *La reforma laboral de 2012*, Madrid, Revista de Derecho Social nº 57.

- .- Casas Baamonde, M.E. (1994). "Arbitraje de consultas, judicialización de las relaciones laborales y estructura de la negociación colectiva", *Relaciones Laborales* núm. 2.

- .- Casas Baamonde, M.E. (1994). "Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva", *Relaciones Laborales* núm. 19.

- .- Casas Baamonde, M.E. (1994). "Arbitraje laboral, autonomía colectiva y autonomía individual", *Relaciones Laborales* núm. 2.

- .- Casas Baamonde, M.E, Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M. (2012). "Las reformas de la reforma laboral del 2012", *Relaciones Laborales* núm. 15 a 18.

- .- Casas Baamonde, M.E. (2013). "Mediación, arbitraje y periodo de consultas", *Relaciones Laborales* núm 4.

- .- Casas Baamonde, M.E, Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M. Valdés Dal - Re, F. (2013). "La huida del Derecho del Trabajo hacia el "emprendimiento", las reformas de la reforma laboral de 2012 y otras reformas: L11/2013 y RDL 11/2013", *Relaciones laborales* núm. 10.

- .- Castán Tobeñas, J. (1936). *La nueva legislación de jurados mixtos*, Madrid, Reus.

- .- Cesarini Sforza, W, (1934). *Corso di diritto corporativo*, Padova. Cedam.

- .- Colina Robledo, M. Ramírez Martínez, J.M. Sala Franco, T. (1995). *Derecho Social Comunitario*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- .- Cavas Martínez, F. (1996). "El despido por fuerza mayor", en AAVV., *Estudios sobre el despido. Homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de catedrático de derecho del trabajo*, Madrid, Universidad de Madrid – Facultad de Derecho sección de publicaciones.

- .- Conde Martín de Hijas, V. (1989). "La jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa: concurrencia y conflictos". *Relaciones Laborales*, núm.4.

- .- Cruz Villalón, J. (2009). "Los expedientes de regulación de empleo: Elementos de debate y propuestas de reforma", *Temas laborales* núm. 98.

- .- Cruz Villalón, J. (1991). "El control judicial de los actos de la Administración laboral: la extensión de la jurisdicción laboral y contencioso administrativa", en AAVV., *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, (Dir. Cruz Villalón J. Valdés Dal – Re, F.), Madrid, Ministerio de Justicia.

- .- Cruz Villalón, J. (1997). "La aplicación de la directiva sobre despidos colectivos", *Temas Laborales* núm. 44.

- .- Cruz Villalón, J. (1990). "El control judicial de los actos de la Administración Laboral: la extensión de las jurisdicciones laboral y contencioso-administrativa", *Relaciones Laborales* núm.2

- .- Cruz Villalón, J. (2010). "La flexibilidad interna en la reforma laboral del 2010", *Relaciones Laborales* núm. 2.

- .- Cruz Villalón, J. (2010). "La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010", *Relaciones Laborales* núm. 21, 22.

- .- Cruz Villalón, J. (2010). "Los expediente de regulación de empleo en las Administraciones Públicas", *Revista de Derecho Social* núm. 49.

- .- Cruz Villalón, J. (2012). "Los cambios en materia de extinciones individuales en la reforma laboral del 2012", *Relaciones laborales* núm. 23,24.

- .- Cuenca Alarcón, M. (2006). "Impugnación de la indemnización pactada en expediente de regulación de empleo", *Relaciones Laborales* núm. 2.

- .- Del Peso y Calvo, C. (1970). "La fuerza mayor propia", en AAVV., *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y empleo*, Madrid, Universidad de Madrid, Sección de publicaciones e intercambio.

- .- Del Rey Guanter, S. (1994). "Los despidos por causas empresariales y fuerza mayor", en AAVV., *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Monografías Relaciones Laborales, La Ley.

- .- Del Rey Guanter, S. (2010). "El despido por causas empresariales en la ley 35/2010: los nuevo artículos 51 y 52c) del ET", *Relaciones Laborales* núm. 2.

.- Del Valle, J.M. (1996). *La extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, 1ª ed., Madrid, Acarl.

.- De la Fuente González, E. Linares Lorente, J.A. (1980). "La extinción del contrato de trabajo. Especial alusión a la extinción por causas económicas o tecnológicas y por causas objetivas", en AAVV., *El estatuto de los trabajadores. Jornadas de estudios de los Magistrados de Trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Sociales, monografías sociolaborales, Ministerio de Trabajo.

.- De la Villa Gil, L.E. (1966). *Estudios de administración laboral*, Madrid, Colección Alcalá.

.- De la Villa Gil, L.E. (1977). *Relaciones de trabajo. Comentarios al Real Decreto 17/1977*, Madrid, Ilustre Colegio Nacional de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas.

.- De la Villa Gil, L.E. (2003). *La formación histórica del derecho español del trabajo*, 1ª ed., Granada, Comares.

.- De la Villa Gil, L.E. Palomeque López, C. (1978). *Introducción a la economía del trabajo*, Madrid, Debate, Volumen I.

.- Desdentado Bonete A., De la Puebla Pinilla A. (2002). *La extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, Valladolid, Lex Nova.

.- Desdentado Bonete, A. De la Puebla Pinilla, A. (2010). "La reforma del despido en la ley 35/2010", en AAVV., *La reforma del mercado de trabajo*, Valladolid, Lex Nova.

.- Desdentado Bonete, A. (2012). "Los despidos económicos tras la ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales", *Actualidad Laboral*, núm. 17.

- .- Desdentado Daroca, E. (1996). "La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento", *Relaciones Laborales* núm. 8.

- .- De Val Tena, A.L. (2004). "Despidos por fuerza mayor y otras formas de extinción colectiva", en AAVV., *El despido. Análisis y aplicación práctica*. Madrid, Tecnos.

- .- Dolz Lago, M. (1987). "La extensión de la competencia de la Jurisdicción Social a la fiscalización de los actos administrativos laborales", *Actualidad Laboral* núm. 1.

- .- Draper Mathéu, J. (1970). "La comprobación de la existencia de la crisis", en AAVV., *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y empleo*, Madrid, Universidad de Madrid, Sección de publicaciones e intercambio.

- .- Falguera Baró, M.A. (2013). "La causalidad y su prueba en los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos tras la reforma laboral". Albacete, Bomarzo, Básicos de Derecho Social.

- .- Fernández Bernat, J.A. (2003). "Algunas reflexiones sobre la delimitación causal de los despidos por causas objetivas del artículo 52 c) del ET", *Relaciones Laborales Tomo I*.

- .- Fernández Domínguez, J.J (2000). "Reflexiones sobre los despidos por causas empresariales", *Temas laborales* núm, 55.

- .- Fernández Domínguez, J.J (1993). *Expedientes de regulación de empleo*, Madrid, Trotta.

- .- Fernández Fernández, R. (2009). "Iniciación del procedimiento", en AAVV., *Expedientes de Regulación de Empleo*, Madrid, Civitas.

- .- Fernández López, M.F. (2009). "Expedientes de regulación de empleo", *Temas Laborales* núm. 99.

- .- Fernández Rodríguez, T. R. (2007). "Breves reflexiones sobre la autorización previa", en AAVV., *La autorización administrativa, la administración electrónica, la enseñanza del derecho administrativo hoy*, Madrid, Thompson Aranzadi.

- .- Fernández Villazón, L.A. (1994). "Evolución histórica de la exigencia de autorización administrativa en los despidos colectivos", *Temas laborales* núm. 33.

- .- Fernández Villazón, L.A. (2001). *Distribución y delimitación de competencias entre la jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa*, Valladolid, Lex Nova.

- .- Fornoza, M. (1954). *Elementos de derecho*, Madrid, Masip.

- .- Fuentes Rodríguez, F. (1996). "El procedimiento administrativo de la autorización de los despidos", en AAVV., *Los despidos por causas económicas y empresariales*, Madrid, Tecnos.

- .- Fusté Miquela, J.Mª. (1996). "Negociación colectiva, gestión participada y acuerdo de consultas en el despido colectivo: Algunas reflexiones sobre el marco legal", en AAVV., *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa*, Madrid, Tecnos.

- .- Gala Durán, C. (2012). "Crisis, reestructuración empresarial y regulación de las empresas de recolocación de trabajadores: ¿una oportunidad perdida", *Revista Derecho Social* núm. 56.

- .- Gallart Folch, A. (2000). *Las convenciones colectivas de trabajo*, Granada, Comares.

- .- Gallart Folch, A. (1936). *Derecho Español del Trabajo*, Madrid, Labor S.A.

- .- Gámez Orea, M. (1996). "Despidos colectivos y principio de congruencia", en AAVV., *Los despidos por causas económicas y empresariales*, Madrid, Tecnos.

- .- García de Enterría, E. Fernández Rodríguez, T.R. (2011). *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, Tomo II.

- .- García Murcia, J. (2004). "Los acuerdos de empresa", *Temas Laborales* núm. 76.

- .- García Murcia, J. Dir. (2005). *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español*, Madrid, MTAS.

- .- García Tena, J. Alarcón Beira, F. (1984). *Regulación de empleo. Jurisprudencia*, 2ª ed., Madrid, Instituto de estudios laborales y de la seguridad social, MTAS.

- .- García Tena, J. (1981). *Regulación de empleo. Causas y procedimiento*, Madrid, Ministerio de Trabajo, sanidad y seguridad social, Servicio de Publicaciones.

- .- García Oviedo, C. (1934). *Tratado elemental de Derecho Social*", Madrid, Librería General de Victoriano Suárez.

- .- García Paredes, Mª L. (2012). "Despido por fuerza mayor en el concurso de acreedores", *Aranzadi Social*, núm. 9,12.

- .- García-Perrote Escartín, I. (1995). "Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo", en AAVV., *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Madrid. Marcial Pons.

- .- García-Perrote Escartín, I. (2012). "La nueva regulación sustantiva y procesal de la extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto 3/2012 de 10 de febrero: puntos críticos", *Actualidad laboral* núm. 9.

- .- Ghezzi, G. (1984). "El impacto de la crisis en el Derecho del Trabajo", *Temas Laborales* núm. 1.

- .- Gil y Gil, J.L. (1996). "El Real Decreto 43/1994 de 19 de enero, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos", *Documentación Laboral* núm. 48.

- .- Gil Plana, J. (2012). "El despido. Aspectos sustantivos", en AAVV., *Comentarios a la reforma laboral del 2012* Coord. Montoya Melgar, A. García Murcia J., Madrid, Civitas.

- .- Goerlich Peset, J.M. (1993). "Informe técnico - jurídico sobre el despido colectivo en la Europa comunitaria", *Actualidad Laboral* núm.1.

- .- Goerlich Peset, J.M. (1994). "Los despidos colectivos", en AAVV., *La reforma del Estatuto de los Trabajadores. El despido*, Madrid, Edersa, Revista de Derecho Privado, Comentarios a las leyes laborales Tomo II.

- .- Gómez Álvarez, T. (2004). "Causas de despido objetivo: causas económicas, técnicas, organizativas o productivas", en AAVV., Gorelli Hernández, J. (Coord.), *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos.

- .- Gómez Muñoz, J.M. (2009). "Crisis económica y actuación de la administración laboral en los expedientes de regulación de empleo", *Temas Laborales* núm, 99.

- .- González Biedma, E. (2010). "Aspectos claves de la reforma laboral del 2010", *Revista Aranzadi Doctrinal* 7/2010.

- .- González Calvet, J. Serna Calvo, M. (2014) "La ejecución de sentencias de despidos colectivos: una tutela necesaria", *Relaciones Laborales* núm 11.

- .- González de Lena Álvarez, F. (1990) "La intervención de la administración en las relaciones laborales. Recopilación de posibles actuaciones administrativas", *Relaciones Laborales* núm. 12.

- .- González de Lena Álvarez, F. (2010). "La negociación colectiva en la reforma laboral del 2010. Negociación para la adaptabilidad y adaptabilidad del convenio". *Relaciones Laborales* núm. 21 y 22.

- .- González - Posada Martínez E. (1993). "La selección de los trabajadores afectados en los despidos colectivos por reducción de personal", en AAVV., *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid, Actualidad Editorial.

- .- González - Posada Martínez, E. (1995). "La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores", *Actualidad Laboral* núm. 2.

- .- Goñi Sein, J.L. (2011). "El régimen causal de los despidos económicos y del despido express", *Relaciones Laborales* núm. 14.

- .- Gutiérrez Solar – Calvo, B. (2011). "Las causas del despido por causas empresariales", en AAVV., *La reforma del mercado de trabajo del 2010*, Madrid, Reus.

- .- Gurvitch, G. (2006). *Elementos de sociología jurídica*, 1ª ed., Granada, Comares.

- .- Hernández Vitoria Ma. J. (2011). "La prueba en los despidos por crisis y mejora de la empresa y su control judicial", en AAVV., *Despido y crisis*

económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral. Un análisis desde el Derecho y la economía (Dir. Desdentado Bonete, A), Valladolid, Lex Nova.

.- Hinojosa Ferrer, J. (1932). *El contrato de trabajo. Comentarios a la ley de 21 de noviembre de 1931*, 1ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado.

.- Jurado Segovia, A. (2002). "El despido por causas técnicas, organizativas o de producción del artículo 52.c) ET: puntos críticos", *Actualidad laboral* núm. 2.

.- Lahera Forteza, J. (2010). "El vaciamiento de los expedientes de regulación de empleo", *Relaciones Laborales* núm. 1.

.- Lahera Forteza, J. (2010). "El descuelgue salarial", en AAVV., *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Madrid, Reus.

.- Laguna de Paz, J.C (2006). *La autorización administrativa*, Madrid, Civitas.

.- Landa Zapirain, J.P. (2005). "Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución socialmente inteligente de las reestructuraciones de empresas", *Relaciones Laborales* núm. 1.

.- López Gandía, J. (2004). *La nueva regulación del Convenio Especial de la Seguridad Social*, 1ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch.

.- López Gandía, J. Toscani Jiménez, D. (2010). *La reforma laboral de 2010*, 1ª ed., Madrid, El Derecho.

.- Marín Moral, I. (2006). *La indemnización por despido*, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi.

.- Martín Granizo, L. González Rothvoss, M. (1932). *Derecho social*, 1ª ed., Madrid, Reus.

.- Martín Jiménez, R. (2009). *Los actos administrativos laborales y su control jurisdiccional*, Madrid, Consejo Económico y Social.

.- Martín Jiménez, R. Mateos Beato, A. (2004). "El despido colectivo", en AAVV., (coord. Sempere Navarro, A.V. Martín Jiménez, R.), *El despido; aspectos sustantivos y procesales*, 2ªed., Pamplona, Thompson Aranzadi.

.- Martín Jiménez, R. (2011). "ERE en el sector público. Notas para un debate". *Actualidad Jurídica Aranzadi* 833/2011.

.- Martín Valverde, A. (1987). "La formación del derecho de trabajo en España", en AAVV., *La legislación social en la historia de España: De la revolución liberal a 1936*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados.

.- Martín Valverde, A. Rodríguez Sañudo, F. García Murcia, J. (2005). *Derecho del Trabajo*, 14ª ed. Madrid, Tecnos.

.- Martín Valverde, A. (2006). "Consideración especial de las relaciones colectivas de trabajo", en AAVV., *Materias sociales objeto de conocimiento por el orden jurisdiccional contencioso administrativo*, Madrid, CGPJ.

.- Martín Valverde, A. (2004). "Especialidades de la extinción del contrato de trabajo del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas", *Actualidad laboral* núm. 13, 22.

.- Martín Valverde, A. (2013). "El control judicial de los despidos colectivos: puntos críticos (i)", *Actualidad Laboral*, núm. 9.

- .- Martínez Barroso, M.R. (2009). "Instrucción y resolución del expediente", en AAVV., *Expedientes de regulación de empleo*, Pamplona, 1ª ed., Thompson Reuters.

- .- Martínez Emperador, R. (1997). "El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción", *Actualidad laboral* núm.1.

- .- Martínez Moya, J. (2011). "Las causas de los despidos económicos. Una perspectiva jurídica", en AAVV., *Despido y crisis económica*, Valladolid, Lex Nova.

- .- Matía Prim, J. (1977). "El expediente de regulación de empleo", Tesis inédita, (Dir. Gaspar Bayón Chacón) Universidad Complutense de Madrid.

- .- Maurandi Guillén, N, Sempere Navarro, A.V. (2006). "Orden jurisdiccional competente para enjuiciar los actos administrativos en materia laboral", en AAVV., *Materias sociales objeto de conocimiento por el orden jurisdiccional contencioso administrativo*, Madrid, CGPJ.

- .- Mendoza Navas, N. (2013). "La fuerza mayor como causa del despido", *Revista de Derecho Social* núm. 63.

- .- Menéndez Pidal, J. (1952). *Derecho social español*, Madrid, Revista de Derecho Privado Volumen II.

- .- Mercader Uguina, J.R. Tolosa Tribiño, C. (2004). *Derecho administrativo laboral*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch.

- .- Miñarro Yanini, M. (2012). "La flexibilización del despido colectivo por la ley 3/2012 y su incidencia en la formulación de las causas justificantes: voluntad liberalizadora vs límites jurídicos y función judicial", Madrid, *Relaciones Laborales* núm. 19,20.

- .- Molero Marañón, M. L. (2010). "Modificación de condiciones de trabajo y movilidad geográfica" en AAVV., *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, 1ª ed., Madrid, Reus.

- .- Molero Marañón, M. L. (2011). "El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre las Ley 35/2010 y el Real Decreto 7/2011", *Relaciones Laborales* núm. 23,24.

- .- Molero Marañón, M.L. (2012). "La nueva modalidad procesal de impugnación judicial del despido colectivo", *Relaciones Laborales* núm. 23.

- .- Molero Marañón, M.L. (2013). "La incidencia de la reforma de 2013 en las reglas del periodo de consultas", *Relaciones Laborales* núm. 12.

- .- Molina Hermosilla, O. (2013). "Balance de la aplicación de la reforma laboral materia de despidos colectivos en la Administración", *Relaciones laborales* núm. 10.

- .- Monereo Pérez, J.L. (1994). *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Civitas.

- .- Monereo Pérez, J.L. Fernández Avilés, J.A. (1997). *El despido colectivo en el Derecho Español. Estudio de su régimen jurídico*, Pamplona, Aranzadi Editorial.

- .- Monereo Pérez, J.L. (2012). "El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma laboral del 2012", *Temas laborales* núm. 115.

- .- Montalvo Correa, J. (1975). *Fundamentos del Derecho del Trabajo*, 1ª ed., Madrid, Civitas.

- .- Montalvo Correa, J. (1995). "Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo" en AAVV., *La reforma de la legislación laboral: Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, 1ª ed., Madrid, Marcial Pons.

- .- Montero Aroca, J. (1973). "Notas sobre la historia de la jurisdicción del trabajo", *Revista de trabajo* núm. 54,55.

- .- Montero Aroca, J. (1976). *Los Tribunales de trabajo: Jurisdicciones especiales y movimiento obrero*, 1ª ed., Valencia, Universidad de Valencia. Secretariado de publicaciones.

- .- Montoya Melgar, A. (1970). "El expediente administrativo de crisis" en AAVV., *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y empleo*, Madrid, Universidad de Madrid, Sección de publicaciones e intercambio.

- .- Montoya Melgar, A. (1970). *Jurisdicción y administración de trabajo. Extensión y límite de sus competencias*, 1ª ed., Madrid, Tecnos.

- .- Montoya Melgar, A. (1992). *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873 – 1978)*, Madrid, Civitas.

- .- Navarro Nieto, F. (1996). *Los despidos colectivos*, Madrid, Civitas.

- .- Nores Torres, L.E. (2000). *El periodo de consultas en la reorganización productiva empresarial*, Madrid, Consejo Económico y Social.

- .- Nores Torres, L.E., (1996). "El desarrollo reglamentario del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores: El procedimiento de regulación de empleo en el RD 43/1996, de 19 de enero", *Actualidad Laboral* núm. 1.

- .- Ojeda Avilés, A. (2004). "Configuración del despido colectivo", en AAVV., *El despido. Análisis y aplicación práctica*, Madrid, Tecnos.

- .- Ojeda Avilés, A. (1984). "La reconversión de despidos colectivos en España", *Relaciones Laborales* núm. 2.

- .- Olmeda Freire, G. (2004). "Sobre la competencia para conocer de las reclamaciones en materia de selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo", *Aranzadi Social* núm. 3.

- .- Olmeda Freire, G. (2000). "Algunos efectos perversos de la intervención administrativa en los despidos colectivos. La revisión judicial de la selección de los trabajadores afectados por el expediente, una mención especial", *Actualidad Laboral* núm.3.

- .- Orcaray Reviriego, J.J. (2009). "La demanda de oficio de la autoridad laboral ante la jurisdicción social", *Relaciones Laborales* núm. 21.

- .- Palomeque López, C. (1984). *Derecho del trabajo e ideología*, 2ª ed., Madrid, Akal Universitaria.

- .- Palomeque López, C. (1995). "La calificación del despido como improcedente o nulo" en AAVV., *Reforma de la legislación laboral: estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García* (Coord. Por Luis Enrique de la Villa Gil), Madrid, Marcial Pons.

- .- Pérez de los Cobos Orihuel, F. Roqueta Buj, R. (1997). "Las llamadas causas económicas, técnicas, organizativas o productivas", *Documentación laboral* núm. 51.

- .- Parada Vázquez, R. (1998). *Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons.

- .- Parada Vázquez. R. (2004). *Derecho administrativo. Parte General*, Madrid, Marcial Pons.

- .- Pérez del Río, T. Aguilar González, M^a Cristina. (1996). "El periodo de consultas en el procedimiento de despidos por causas económicas y empresariales", en AAVV., *Los despidos por causas económicas y empresariales*, Madrid, Tecnos.

- .- Pérez Leñero, J. (1949). *Instituciones de derecho español del trabajo*, Madrid, Espasa – Calpe.

- .- Pierro, M. (1938). *Principio de diritto corporativo*, Bologna, Nicola Zanichelli Editore.

- .- Prado Reyes, F.J. Alameda Castillo M^a T (2003). "La impugnación judicial de los laudos arbitrales laborales", *Temas Laborales* núm. 70.

- .- Quirós Hidalgo. J.G. (2009). "Periodo de consultas y posible acuerdo entre las partes", en AAVV., *Expedientes de Regulación de Empleo* (Coord. J.J Fernández Domínguez), Madrid, Civitas.

- .- Rivero Lamas, J. De Val Tena A. L. (1997). "Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales", *Actualidad Laboral* núm. 26.

- .- Rodríguez Escanciano, S. (2009). "Fuentes y autoridad competente", en AAVV., *Expedientes de Regulación de Empleo* (Coord. J.J Fernández Domínguez), Madrid, Civitas.

- .- Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M. (1967). "El despido en el derecho de la II república", en AAVV., *Homenaje al profesor Giménez Fernández*, Facultad de Derecho Sevilla.

- .- Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M. (1989). "La noción comunitaria de despido y el momento oportuno de la consulta", *Relaciones Laborales* núm. 22.

- .- Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M. (1989). "La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y su control (y II)", *Relaciones Laborales Tomo I*.

- .- Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M. (1996). "Lo individual y lo colectivo en los despidos colectivos", *Relaciones Labores* núm. 12.

- .- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (2009). "Despidos colectivos y autorización administrativa", *Relaciones Laborales* núm. 2.

- .- Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M. (2009). "Autonomía y heteronomía de los expedientes de regulación de empleo", *Temas Laborales* núm. 99.

- .- Rodríguez – Piñero Royo, M. (2013). "El procedimiento de despido colectivo en la Administración Pública", *Relaciones Laborales* núm. 7.

- .- Rodríguez de la Borbolla, J. (1994). *El concepto de causas económicas y tecnológicas y su evolución legal. De la rigidez al equilibrio flexible*, Madrid, Consejo Económico y Social.

- .- Roqueta Buj, R. (2009). *El Fondo de Garantía Salarial*, Madrid, La Ley.

- .- Sáez Lara, C. (1995). "Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico", *Relaciones Laborales*, núm. 1.

- .- Sagardoy Bengoechea, J.A. (1970). "La comprobación de la existencia de crisis", en AAVV., *Dieciséis lecciones sobre causas de despido*, Madrid, Universidad de Madrid, Sección de derecho.

- .- Sala Franco, T. Blasco Pellicer, A. (2009). "La supresión de la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo: una vía intermedia", *Actualidad Laboral* núm. 8.

- .- Santamaría Pastor, J.A. (2004). *Principios de derecho administrativo*, Madrid, Iustel.

- .- Sánchez - Cervera Senra, J.M. (1970). "Resolución administrativa del expediente de crisis", en AAVV., *Dieciséis lecciones sobre causas de despido*, Madrid, Universidad de Madrid, Sección de derecho.

- .- Santos Fernández, R. Torrente Gari, S. (1995). "Naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas en procedimientos de despido colectivo", *Actualidad Laboral* núm.1.

- .- Sempere Navarro, A.V. (1982). *Nacional sindicalismo y relaciones de trabajo*, Madrid, Akal Editor.

- .- Sempere Navarro, A.V. Martín Jiménez, R. (2000). "El procedimiento de oficio (i)", *Aranzadi Social* núm. 5.

- .- Sempere Navarro, A.V. Martín Jiménez, R. (2000). "El procedimiento de oficio (ii)", *Aranzadi Social* núm. 5.

- .- Sellas Benvingut, R. (2000). *Las causas objetivas y colectivas de extinción de la relación laboral*, Pamplona, Aranzadi.

- .- Serrano Carvajal, J. (1996). "Despido de colectivos mayores: Procedimiento y efectos" en AAVV., *Estudios sobre el despido. Homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar en sus veinticinco años de Catedrático de Derecho del Trabajo*, Madrid, Universidad de Madrid, sección publicaciones.

- .- Serrano García, J. M^a. (2002). *El plan social en los despidos colectivos*, Valladolid, Lex Nova.

- .- Serrano García, J. M^a. (2011). "Primeras reflexiones en torno al Plan de Social en el RD 801/2011, de 10 de junio", *Relaciones Laborales* núm. 15-16.

- .- Suarez González. F. (1970) "El hecho obstativo de la ejecución en los contratos indefinidos y en los contratos por tiempo cierto" en AAVV., *Dieciséis lecciones sobre causas de despido*, Madrid, Universidad de Madrid, Sección de derecho.

- .- Tárraga Poveda, J. (2010). "Despidos colectivos", en AAVV., *Guía práctica de la reforma laboral del 2010*, (coord. Cavas Martínez, F. Luján Alcaraz, J.), Murcia, Laborum.

- .- Tárraga Poveda, J. (2012). "Legitimación procesal en la nueva modalidad procesal de despido colectivo", *Aranzadi Social* núm. 2.

- .- Tascón López, R. (2009). "Aplicación y recurribilidad de la resolución administrativa", en AAVV., *Expedientes de Regulación de Empleo*, (Coord. J.J Fernández Domínguez), Madrid, Editorial Civitas.

- .- Toscani Giménez, D. (2012). "Las reformas llevadas a cabo en el régimen jurídico del despido por la reforma laboral del 2012", *Relaciones Laborales* núm. 19,20.

- .- Tovillas Zorzano, J.J. (1995). "Reflexiones sobre el despido objetivo por circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción", *Relaciones Laborales* núm.1.

- .- Trillo Párraga, F. (2012). "El despido del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas", *Revista de Derecho Social* núm. 57.

- .- Tuñón de Lara, M. (1972). *El movimiento obrero en la historia de España*, Madrid, Taurus.

- .- Valdés Dal - Re, F. (1994). "Los despidos por causa económica", en AAVV., *La reforma del mercado de laboral* (Valdés Dal - Re Dir.), Valladolid, Lex Nova.

- .- Valdés Dal - Re, F. (1999). "La designación de los trabajadores afectados por despidos económicos: el laberinto de la desregulación", *Relaciones Laborales* núm. 11.

- .- Valdés D- Re, F. (1994). "Intervención administrativa y despidos económicos: funciones, disfunciones y tónica", *Relaciones Laborales* núm. 3.

- .- Valdés Dal - Re, F. (2004). "La eficacia jurídica de los convenios colectivos", *Temas Laborales* núm. 76.

- .- Valdés Dal - Re, F. (2004). "El carácter imperativo de la indemnización legal por despido colectivo (i)", *Relaciones Laborales* núm. 3.

- .- Valdés Dal - Re, F. (2004). "El carácter imperativo de la indemnización legal por despido colectivo (ii)", *Relaciones Laborales* núm. 4.

- .- Valdés Dal - Re, F. (2006). "El derecho del trabajo durante la II república", *Relaciones Laborales* núm. 1.

- .- Valdés Dal - Re, F. Lahera Forteza, J. (2006), "Funciones de la negociación colectiva en las reestructuraciones empresariales" en AAVV., *El éxito de la negociación en las reestructuraciones empresariales* (Coord. Cuenca Alarcón, M.), Madrid, Pearson Educación.

- .- Vignocchi, G. (2000). *La natura giuridica dell autorizzazione amministrativa*, Padova, CEDAM.

- .- Vilar, P. (1975). *Historia de España*, Paris, Librairie Espagnole.

- .- Villar Palasí, J.L. Villar Ezcurra, J.L. (1999). *Principios de derecho administrativo*, 4ª ed., Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad complutense de Madrid.

.- Von Potobsky, Geraldo. (1993). "Panorama comparativo de la normativa internacional y nacional sobre despidos colectivos en la Comunidad Europea", *Relaciones Laborales* núm. 14.